

Tilburg University

Europese invloed op beloningsvraagstukken

Houwerzijl, M.S.

Published in:
Beloning in Beweging

Publication date:
2011

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Houwerzijl, M. S. (2011). Europese invloed op beloningsvraagstukken. In J. M. van Slooten c.s. (Ed.), *Beloning in Beweging: congresbundel Nationaal Arbeidsrechtcongres 2010* (pp. 23 - 32). SDU-uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Beloning in beweging

VERSIE VAN: 8 maart 2011

INHOUD

Woord vooraf

Ter ingeleide van congresvoorzitter De Laat

J.M. van Slooten

1 Loon in titel 7.10 BW – (alles) up (to) date (?)

M.S. Houwerzijl

2 Europese invloed op beloningsvraagstukken

G.J.J. Heerma van Voss

3 Scholingsaanspraken als loon/vergoeding

R.H. van het Kaar

4 Beloning en medezeggenschap

L.G. Verburg

5 Variabele beloning

B.P. ter Haar

6 Verslag van plenaire sessies

Woord vooraf

Op 5 en 6 november 2010 vond voor de achtste keer het Nationaal Arbeidsrecht Congres plaats. Het initiatief tot deze jaarlijkse congressen ligt bij de secties arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam, de Universiteit van Amsterdam, de Universiteit van Leiden en de Radboud Universiteit Nijmegen. Sinds enige jaren participeert ook de Vereniging voor Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) in de organisatie. Het curatorium van het Nationaal Arbeidsrecht Congres bestaat uit:

Prof. Mr. G.J.J. Heerma van Voss, hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit van Leiden,

Mr. M.J.M.T. Keulaerds, voorzitter van de VAAN en advocaat te 's-Gravenhage,

Mr. J.J.M. de Laat, kantonrechter en Vice-President Rechtbank Utrecht,

Prof. Mr. C.J. Loonstra, hoogleraar arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam,

Prof. Mr. L.G. Verburg, hoogleraar arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat te Amsterdam,

Prof. Mr E. Verhulp, hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

Het thema van het achtste congres was 'Beloning in beweging'. Tijdens de congresdagen werden vijf inleidingen gehouden en werd op de vrijdag over stellingen, gemaakt door de inleiders, in werkgroepen gediscussieerd. De afronding van beide congresdagen vond plaats in de vorm van een forumdebat tussen de inleiders onderling en met 'de zaal'.

In deze bundel treft u de schriftelijke uitwerking van de inleidingen aan. De bijdrage van Dr. M.S. Houwerzijl ziet zonder eerdere voordracht het licht. Zij kon door omstandigheden bij het congres zelf niet aanwezig zijn. Van de forumdebatten is een verslag gemaakt dat eveneens onderdeel van deze bundel uitmaakt. De congresvoorzitter opent met een ter geleide.

Rotterdam/Amsterdam/Leiden/Nijmegen

Maart 2011

Ter ingeleide van congresvoorzitter De Laat

Ongetwijfeld is het een cliché, maar de laatste tijd gaan de veranderingen echt snel.

Neem alleen al het voorbeeld van onze vakbladen. De letter 'S' is verdwenen en de letter 'T' is er voor in de plaats gekomen. Geen SMA en SR meer, maar TRA en TAP naast ARA en ArbeidsRecht en niet te vergeten de jurisprudentiebladen JAR, RAR en AR-updates.

De arbeidsrechtelijke onderwerpen worden ook steeds meer opgesplitst en verfijnd. Zo las ik laatst in een folder van Kluwer dat nu ook congressen worden georganiseerd: het nationaal IE congres over intellectuele eigendom en het nationaal privacy congres over alle aspecten van privacy.

Zet deze trend zich door, dan komen er waarschijnlijk ook het nationaal pensioenrecht congres, het nationaal arbeidsongevallenrecht congres en het nationaal uitzendovereenkomsten congres. Laten wij, VAAN en de vier universiteiten, in de gaten blijven houden dat een helikopter view nog altijd meer overzicht oplevert dan enkel microscopisch gewroet. Het voordeel van onze thema's van **onderdelen van arbeidsrecht in beweging** is dat telkens enige goede sprekers hun verworven inzichten combineren met nieuwe inzichten en de beleving van het arbeidsrecht telkens weer veraangenamen. En, het levert ook 7 PAO-punten op...

Laten we aan de slag gaan met beloning. Een interessant onderwerp dat, zoals de brochure terecht opmerkt, zelfs verbindingen kan hebben met het ontslagrecht en scholing als onderdeel van de ontslagvergoeding. Nu ook dit kabinet het 'O woord' heeft uitgesproken zou de conclusie kunnen zijn dat de rechtspraktijk (advocatuur, andere rechtshelpers en de rechterlijke macht) een grote rol kan gaan en blijven vervullen. In dat geval moeten alle wegen worden benut om creatieve oplossingen zoeken. Wellicht dat dit congres daar ook weer aan bijdraagt.

1 Loon in titel 7.10 BW – (alles) up (to) date (?)

J.M. van Slooten¹

1.1 Inleiding

Het loon heeft zich in de afgelopen decennia in een wisselende belangstelling kunnen verheugen van rechtspraak en wetenschap. Vanaf midden jaren '70 wees de Hoge Raad een aantal baanbrekende arresten over loondoorbetaling ex artikel 7:628 BW, onder meer aan werkwilligen en gedeeltelijk arbeidsongeschikten. De Hoge Raad aanvaardde in die tijd ook de loonmatiging, een onderwerp dat, evenals de voorgaande leerstukken, tot hetzij discussie hetzij bewondering leidde. In de jaren '90 was de wetgever actief door in verschillende fasen de ziektewet te privatiseren in de vorm van een loondoorbetalingsverplichting van de werkgever. Ook dat leidde tot, steeds technischer, vragen over het loon. Vanaf eind jaren '90 keerde het loon steeds vaker in de gedaante van "arbeidsvoorwaarden" terug in de jurisprudentie, ditmaal in het licht van de vraag in hoeverre dat loon al dan niet eenzijdig kon worden aangepast. Die vraag mondt uit in de ontwikkeling van diverse wijzigingsleerstukken in het eerste decennium van de jaren '00.

Men zou kunnen zeggen: het loon werd in de loop van de afgelopen 40 jaar van een bij uitstek collectief - politiek - issue tot de geïndividualiseerde tweekamp tussen werkgever en werknemer. De wetenschappelijke belangstelling volgt in dit opzicht. In de jaren '80 verschenen de proefschriften van Fase² en Taco van Peijpe³; 20 jaar later volgden proefschriften over loonkorting⁴ en de werktijdverkorting.⁵

Waar staan we nu? Wat zijn de actuele loonissues en hoe biedt de wet daarvoor nog oplossingen? Met name is de vraag of de huidige bepalingen over het loon, hoofdzakelijk te vinden in afdeling 7.10.2 (artikel 7:616 – 633 BW), *up to date* zijn. Kijkt men naar die afdeling, dan valt een relatieve stilte op in het afgelopen decennium. Een top zes van arresten van de Hoge Raad met betrekking tot de artikelen uit deze afdeling leidt tot het volgende:

- In HEMA / P.⁶ relativeerde de Hoge Raad enigszins de bereidheidseis die geldt om in aanmerking te komen voor loondoorbetaling indien er niet gewerkt wordt.
- In Bons/Ranzijn⁷ werd de lijn van het arrest Roovers / De Toekomst uitgebreid tot de vraag of collega's ook wel eens een zware zak voor hun gedeeltelijke arbeidsongeschikte collega

¹ Prof. mr. J.M. van Slooten, hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe.

² W.J.P.M. Fase, 35 jaar loonbeleid in Nederland. Terugblik in perspectief (diss. Tilburg), Alphen aan den Rijn: 1980.

³ T. van Peijpe, De ontwikkeling van het loonvormingsrecht (diss. UvA) 1985.

⁴ J.M. van Slooten, Arbeid en Loon (diss. UvA) 1999.

⁵ W.A. Zondag, Werkijdverkorting, (diss. EUR) 2001.

⁶ HR 19 december 2003, *JAR* 2004/14.

⁷ HR 26 oktober 2001, *JAR* 2001/238.

moeten dragen; dat kan inderdaad van ze gevraagd worden.

- In Mak/SGBO⁸ zette de Hoge Raad voor het eerst een aantal lijnen uit over het fenomeen situatieve arbeidsongeschiktheid. Bruikbaar, maar vermoedelijk nog niet het laatste wat er over gezegd kan worden.
- Het arrest Van der Gulik⁹ gaf een dogmatisch begrijpelijk, maar moreel niet altijd goed uit te leggen regel dat afwezigheid wegens schorsing altijd voor rekening van de werkgever komt.
- Een zaalvoetballende vrachtwagenchauffeur kon op zijn loondoorbetaling worden gekort, voor zover dat de 70% grens te boven ging, nu hem het ontstaan van zijn ziekte te verwijten was.¹⁰
- In Huize Bethesda¹¹ oordeelde de Hoge Raad dat sprake van een arbeidsovereenkomst kan zijn, indien kost en inwoning is genoten over een lange periode.

Persoonlijk ben ik niet onder de indruk van bovenstaand lijstje. Het zijn stuk voor stuk interessante arresten, maar ze weerspiegelen een gevoel dat mij vaker bekruipt bij bestudering van het civiele arbeidsrecht: de "grote kwesties" zijn opgelost. Het gaat om schikken en plooiën, en bijwerken van de randjes.

Buiten afdeling 7.10.2 BW ligt dat wat anders. We zagen reeds het leerstuk van de wijziging van loon en andere arbeidsvoorwaarden. Het loon tijdens vakantiedagen is sinds het arrest Schultz – Hoff van belang. De aanpak van topinkomens maakt een grote ontwikkeling door. Dat wil in dit stadium zeggen: ieder jaar meer regels, die voor grotere groepen gaan gelden. Kortweg: van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen bij introductie van de Code Tabaksblad in 2003 tot het reguleren van bonussen in de financiële sector. Ook aan de onderkant van het loongebouw wordt (weer) loonpolitiek bedreven: de overheid bemoeit zich actief met de arbeidsvoorwaarden van postbezorgers in Nederland.¹²

Hoewel de belangrijkste loonissues dus buiten de civielrechtelijke bepalingen over het loon lijken te liggen, zijn er toch een aantal die wel rechtstreeks hun grond vinden in afdeling 7.10.2 BW. Ik zal hierna achtereenvolgens stilstaan bij:

De loondefinitie (§ 1.3),

de informatieverplichting (§ 1.4),

het all-in-uurloon (§ 1.5) en

het variabel loon (§ 1.6).

⁸ HR 27 juni 2008, *JAR* 2008/188.

⁹ HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91.

¹⁰ HR 14 maart 2008, *JAR* 2008/110.

¹¹ HR 2 maart 2001, *JAR* 2001/58.

¹² Hof Den Haag 13 april 2010, *JAR* 2010/122.

Mijn centrale vraagstelling is of deze onderwerpen thans goed geregeld zijn en zo nee, of een *update* van titel 7.10 BW gewenst en/of noodzakelijk is. Mijn conclusie zal zijn dat dit inderdaad het geval is.

1.2 Loon in 1907 en 2010

Dat is geen verrassende conclusie wanneer men zich bedenkt dat de meeste bepalingen van afdeling 7.10.2 stammen uit 1907. De voordien uit drie artikelen bestaande regeling van de arbeidsovereenkomst werd in dat jaar enorm uitgebreid. Twee onderwerpen kregen verreweg de meeste aandacht: de beëindiging en, qua aantal artikelen het meest belangrijke, het loon. Dat was ook wel begrijpelijk, gelet op de uitkomst van parlementaire enquêtes over de sociale wantoestanden in de tweede helft van de 19^e eeuw. Juist op het gebied van loon kwamen situaties voor waar de overheid ingrijpen nodig achtte: loon werd al dan niet opzettelijk in de kroeg betaald, niet in geld, maar in (al dan niet verkoopbare) goederen. De verschuldigdheid was vaak afhankelijk van door werknemers niet beïnvloedbare omstandigheden waardoor zij grote risico's liep etc. Vandaar dat er 31 artikelen kwamen, meestal dwingend of semi-dwingend van aard. Bij de modernisering in 1996 werd het aantal teruggeschoefd tot 20, maar in de kern bleef het gedetailleerde en beschermende karakter overeind. Anno 2010 zijn de sociale omstandigheden echt anders. In 1900 zat een groot gedeelte van de beroepsbevolking op het bestaansminimum (van destijds). Tegenwoordig geldt dat 4% van de werknemers in Nederland een salaris krijgt dat gelijk is aan of minder is dan het minimumloon. 7% van de Nederlandse huishoudens met inkomen uit arbeid heeft schulden, anders dan hypotheekschulden.

Variabele beloning komt voor, maar het gaat niet meer om het betalen per kratje geplukte kersen maar om het bereiken van groepstargets. 17% van de werknemers ontvangt tenminste één vorm van resultaatafhankelijk loon.¹³ Dat maakt dan ongeveer 10% uit van het totale loon. 18% heeft een prestatieafhankelijke uitlooptermogelijkheid in de schaal. Het is vermoedelijk niet de 4% die op of onder het minimumloon zit die hier veel mee te maken heeft.¹⁴ Een ander belangrijk gegeven: 36% van de werknemers snapt zijn loonstrookje. 22% kijkt daar nooit op.¹⁵

De verschillen tussen 1907 en 2010 zijn duidelijk:

- De bescherming van de werknemer is sinds 1907 enorm toegenomen, onder meer door introductie van het BBA en de Wet minimumloon. Het belang van de loonregels uit afdeling 7.10.2 in het kader van de bescherming van de werknemer is daarmee aanzienlijk gerelativeerd.
- Tegelijkertijd heeft door de introductie van het BBA de arbeidsovereenkomst aan belang gewonnen. Het is het entreebiljet tot tal van regelingen. Dat betekent ook dat de definitie van de arbeidsovereenkomst aan belang heeft gewonnen en daarmee ook de definitie van het loon.

Het is niet overspannen te stellen dat enerzijds de maatschappelijke omstandigheden het bestaan van sommige regels ter discussie stellen, terwijl nieuwe omstandigheden nog onvoldoende geregeld worden. Het volgende overzicht laat dat zien.

¹³ Maarten van Klaveren en Kea Tijdens, Universiteit van Amsterdam, AIAS 14 augustus 2008.

¹⁴ Centraal Bureau voor de Statistiek webmagazine maandag 6 augustus 2007.

¹⁵ Trouw 5 februari 2010 op basis van een onderzoek van NIBUD en ADP.

	Dwingend ?	Sanctie?	Discussie?	Modernisering nodig?
Loondefinitie	Ja (?)		nauwelijks	Ja, m.n. ivm omzeiling art. 610
Vorm (617)	Ja	nietigheid	Wellicht bij opties en aandelen ivm lid 2	Wellicht is beter: alles is toegestaan, behalve...
Tijdstip(616/623624/625)	Deels ¾ dwingend/deels dwingend	Boete tot 50%	nee	Ja, ivm diverse bonusregels & all in uurloon
Plaats (622)	nee	?	nee	Ja, internationalisering gewenst
Informatie 619/626 (en 655) NB: sinds 1/7/10 is elektronisch strookje OK	ja	Schadeverg. onduidelijkheid in nadeel werkgever	Nee, maar beginsel kan vaker worden toegepast	Ja, neem voorbeeld aan de Pw. en zie wat er al gaande is.
Bescherming 631-633	ja	ver(nietig)-baarheid	nee	Nee
Verschuldigdheid 618 & 627-630	Ja, muv 628		ja	Ja

Uit bovenstaande overzicht blijkt dat bijna alle regels met betrekking tot het loon dwingend zijn en dat de sanctie aanzienlijk kan zijn. Tegelijkertijd bestaat er niet of nauwelijks discussie over wetenschap of literatuur. Er wordt zeer weinig over al deze regels geprocedeerd. Dat zou de conclusie kunnen rechtvaardigen dat er niets aan de hand is. Uit het voorgaande blijkt reeds dat ik die conclusie niet volledig onderschijf. Het eerste thema waarop dat speelt, is dat van de loondefinitie.

1.3 Loon in artikel 7:610 BW.

De definitie van de arbeidsovereenkomst conform artikel 7:610 BW luidt nog altijd: "... de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de

werkgever tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten." De wetsgeschiedenis van 1907 gaf geen uitsluitsel over wat onder loon moest worden verstaan. Meijers hanteerde in zijn bekende boek over de arbeidsovereenkomst als definitie van loon: "al datgene waartoe de werkgever zich als contraprestatie van den te verrichten arbeid verbindt." Opvallend was dat de Hoge Raad in 1953 plotsklaps een definitie gaf die niet herleidbaar was tot wetsgeschiedenis of literatuur: "De vergoeding door den werkgever aan den werknemer verschuldigd terzake van den bedongen arbeid."¹⁶ Zoals bekend heeft de Hoge Raad deze definitie herhaald in het arrest Huize Bethesda.¹⁷ Welbeschouwd heeft niemand ooit wezenlijk bezwaar aangevoerd tegen deze definitie. Eigenlijk is dat vreemd, indien we de wat bijzondere achtergronden van de twee arresten voor ogen halen. Het arrest uit '53 ging om een nachtclubportier die uitsluitend fooien ontving (deze zijn dus geen loon volgens de Hoge Raad). Huize Bethesda ging over een lid van een religieuze leefgemeenschap die jarenlang huishoudelijke arbeid had verricht en kost en inwoning had genoten.

Het voornaamste bezwaar dat ik bij nader inzien heb met deze definitie is de beperking "door de werkgever verschuldigd". Meijers formuleerde dit niet. Men kan zich afvragen of het nodig is en hoe het moet worden uitgelegd. Wordt met "door de werkgever verschuldigd" bedoeld dat hij tot nakoming gehouden is of dat het er om gaat of het loon uiteindelijk voor zijn rekening komt? Nu heeft de Hoge Raad in het arrest Groen / Schoevers zelf al een relativering aangebracht op zijn loondefinitie uit voormelde rechtspraak. Dat volgt uit deze zin: "Aldus heeft de Rechtbank in de eerste plaats vastgesteld **dat de door Schoevers voor de arbeid van Groen verschuldigde tegenprestatie** op grond van hetgeen partijen daaromtrent hebben geregeld en de wijze waarop zij aan die regeling uitvoering hebben gegeven (rov. 9), **zodanige afwijkingen vertoont** van hetgeen met betrekking tot loon bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is, **dat geen sprake was van loon als bij een arbeidsovereenkomst** tussen Schoevers en Groen **zou passen.**" Met andere woorden: soms kan loon een vorm hebben die zo afwijkt van hetgeen gebruikelijk is dat het geen loon in de zin van artikel 7:610 BW is. Een voorbeeld kan zijn het berekenen van BTW. Een ander voorbeeld is dat waarbij het loon voor 100% afhankelijk is van het bereiken van een resultaat. Formeel valt het onder de definitie loon, maar het is zeer ongebruikelijk in het kader van een arbeidsovereenkomst.

Maar bovenstaande relativering neemt nog niet weg dat af en toe het vereiste dat het loon door de werkgever verschuldigd moet zijn ertoe leidt dat geen arbeidsovereenkomst wordt aangenomen in situaties waarin men dat wel zou verwachten. Ik noem drie voorbeelden. In de eerste plaats de management B.V. De manager levert zijn arbeid rechtstreeks aan de klant. De klant oefent gezag uit. De betaling wordt evenwel door de klant aan de management B.V. gedaan en niet aan de manager zelf. Op basis daarvan wordt aangenomen dat er geen overeenkomst en dus ook geen arbeidsovereenkomst is. Nou is dat misschien doorgaans niet zo erg voor de manager, maar het voorbeeld laat wel zien hoe makkelijk het is om door het verleggen van de geldstroom de toepasselijkheid van het arbeidsrecht te vermijden. Je zou dan ook zeggen dat rechters in gevallen dat het eerder op misbruik lijkt, sneller korte metten maken met dit standpunt. Dat lijkt echter niet het geval. Het tweede voorbeeld betreft payrolling. Hier is ook aan de elementen arbeid en gezag voldaan maar wordt de toepasselijkheid van de arbeidsovereenkomst vermeden door het loon via de payrollonderneming te laten betalen. Het derde voorbeeld is de categorie onduidelijke flexibele relaties waarbij soms één werknemer als koppelbaas of onderaannemer optreedt.

Ik zou willen bepleiten dat het volgens de Hoge Raad vereiste element "door de werkgever verschuldigd" moet worden gerelativeerd. Dat kan al met behulp van het criterium dat aan het Groen/Schoevers-arrest valt te ontlezen: wanneer er een betaling via een derde verloopt, zou de

¹⁶ Zie J.M. van Slooten, *Arbeid en Loon* (diss. UvA) Amsterdam 1999, p. 72 – 75.

¹⁷ HR 2 maart 2001, *JAR* 2001/58.

rechter kunnen oordelen dat zozeer sprake is van loon als bedoeld in een arbeidsovereenkomst dat deze wordt aangenomen.¹⁸ Ik maak nog enkele opmerkingen die voortborduren op de terminologie.

De tekst van 1907 sprak uitsluitend over loon. In de praktijk werd dat na de Tweede Wereldoorlog vervangen door "salaris", maar dat woord heeft nooit de wettekst gehaald. "Arbeidsvoorwaarden" is een term die feitelijk al in 1927 met de WCAO is geïntroduceerd en steeds populairder werd. Vanaf de jaren 90 dook deze term ook op in het BW (vergelijk de artikelen 7:613, 646, 648 en 649). Dat roept de vraag op of het gebruik van de termen "loon" en "arbeidsvoorwaarden" wel consistent is en of de term "loon" niet verouderd is. Veel van wat van de werkgever naar de werknemer gaat is loon, maar er zijn soms niet geheel begrijpelijke uitzonderingen. Pensioen is daarvan de belangrijkste. Iedereen ervaart het als onderdeel van de beloning, maar met een beroep op de definitie van de Hoge Raad valt het niet onder het civiele loonbegrip. Arbeidsvoorwaarden komen soms niet rechtstreeks ten goede aan de werknemer, maar aan derden, zoals familieleden. De term arbeidsvoorwaarden wordt erg breed uitgelegd.¹⁹ Ik zou ervoor willen pleiten alles wat de werkgever aan of ten behoeve van een werknemer betaalt als loon te beschouwen, behalve als het een vergoeding is wegens schade of onkosten. Maar zelfs de onkostenvergoeding leidt vaak tot discussie en vragen omdat daar een beloningselement in zit.

Uit het volgende overzicht blijkt dat verschillende arbeidsvoorwaarden wel of niet als loon worden aangemerkt in andere wettelijke regelingen dan het BW. Dat leidt tot niet altijd te rechtvaardigen verschillen. Zo is te begrijpen dat een (zuivere) onkostenvergoeding geen loon is in de zin van titel 7.10, maar wel in het kader van de gelijke behandelingswetten als zodanig moet worden beschouwd. Maar waarom is pensioen geen loon in de zin van titel 7.10 en wel bezoldiging in de zin van boek 2 BW? Waarom is nog altijd onduidelijkheid over het meenemen van bonus bij de kantonrechtersformule? En waarom wordt de ontslagvergoeding niet als loon aangemerkt in de zin van titel 7.10 en wel in de zin van de diverse wetten ter beteugeling van topinkomens?

	Titel 7.10	Bezoldiging boek 2 BW	Wet topinkomens	Pensioen-reglement	Kantonrechters-formule	Gelijke behandeling	WCAO
Salaris	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
+bonus	Ja	Ja	Ja	Nee	Soms		
pensioen	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja	Ja
auto	Ja	Ja	Ja	Nee	Nee	Ja	Ja
onkosten	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Ja
Ontslag-vergoeding	Nee	Ja	Ja	Nee	x	Ja	Ja

¹⁸ Zie ook J. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is', *TRA* 2009/12 p. 10, die een soortgelijk standpunt huldigde en verder onderbouwt.

¹⁹ Zie J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, diss. UvA 1999, p. 108-113.

Een andere inconsistentie komen we tegen indien we kijken naar de termen "loon naar tijdruimte/niet naar tijdruimte" en "loon afhankelijk van arbeid", "loon in geld" en "loon anders dan in geld". Uit onderstaand overzicht blijkt dat steeds verschillende termen worden gebruikt en dat daar tegenwoordig geen goede verklaring meer voor te bedenken is. Waarom is loon anders dan in geld niet verschuldigd bij ziekte of na een onregelmatig ontslag? Vreemd is dat loon dat niet naar tijdruimte wordt vastgesteld (de auto) wel verschuldigd is bij het niet werken op grond van artikel 7:627 of artikel 7:628, terwijl het loon naar tijdruimte (het salaris) niet verschuldigd is. Dit kan simpeler!

	627/628: niet werken risico wkn	629: werknemer ziek	680	625	641
Tijdruimte	Nee	Ja	Ja Ja	Ja	Ja
Niet naar tijdruimte	Ja	Ja/Nee	Ja	Ja	Ja
Afhankelijk van arbeid	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja
In geld	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja
Anders dan in geld	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja

Het Hof Arnhem lijkt zich dat ook te realiseren. In een arrest van april 2010 overwoog het: "In de huidige tijd zijn er vele nieuwe beloningsvormen waarin zowel het door de Hoge Raad in 1941 geformuleerde criterium als de wet niet voorziet. Naar het oordeel van het Hof kan het criterium zoals het door de Hoge Raad in 1941 geformuleerd niet meer onverkort worden toegepast op alle verschillende beloningsvarianten die er thans zijn."²⁰ Met andere woorden: inperkingen op het loonbegrip in titel 7.10 BW en verschillen tussen diverse loonbegrippen zijn soms niet duidelijk, soms niet consequent en/of niet actueel.

1.4 Informatieverplichting

Wie bij de term "*informed consent*" denkt aan een gesprek ter voorbereiding op een operatie, denkt te beperkt. Ook in het arbeidsrecht is het fenomeen sterk in opmars, hoewel het nog niet vaak onder deze noemer wordt gebracht. Dat blijkt allereerst uit de jurisprudentie van de Hoge Raad over wijziging van arbeidsvoorwaarden. In het Bos/Pax arrest en de daaraan voorafgaande Rabo-uitspraak²¹ blijkt dat werknemers die in het kader van overgang van onderneming een keuze wordt voorgelegd volledig dienen te worden geïnformeerd teneinde die keuze op wel overwogen wijze te maken. In vergelijkbare zin liet de Hoge Raad zich uit bij de wijziging van pensioenregelingen in de arresten CZ en Halliburton.²² Ook kan worden gedacht aan het Vaartijdenboekarrest uit 2006²³

²⁰ Hof Arnhem 27 april 2010, *JAR* 2010/142.

²¹ HR 26 oktober 2007, *JAR* 2007/285.

²² HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183 Bos/Pax. HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/71 CZ en HR 23 april 2010, *JAR* 2010/127 Halliburton.

waarin de Hoge Raad met de verwijzing naar artikel 7:619 een werkgever veroordeelde inzage te geven in bepaalde gegevens teneinde het recht van de werknemer op variabel vast te stellen. De lagere rechtspraak nam eerder reeds een verplichting aan te informeren over de status van betalingen die niet duidelijk vast liggen: zijn het arbeidsvoorwaarden of niet? Laat de werkgever na hier duidelijkheid over te verschaffen, dan loopt hij het risico dat de betaling als arbeidsvoorwaarde wordt aangemerkt. Aldus oordeelde de kantonrechter Amsterdam in de bekende Amvest zaak²⁴ en de rechtbank Utrecht deed hetzelfde in een kwestie betreffende een niet nader uitgewerkte clause omtrent opties. In het kader van een ontslag oordeelde de kantonrechter Amsterdam dat de werknemer moet worden gewezen op het feit dat zijn opties als gevolg van een ontslag kunnen wijzigen.²⁵

Deze opkomst is niet vreemd indien men kijkt naar aanpalende rechtsgebieden. Het pensioenrecht bevat talloze informatieverplichtingen (ondermeer artikel 48 en 49 PW). Iets verder weggelegen gebieden zoals het consumentenrecht, het effectenrecht en het patiëntenrecht kennen ook vergaande normen. In veel opzichten is hier een vergelijking te maken tussen een werknemer en een consument, patiënt of effectenbezitter. Ze worden allemaal mondiger en hebben meer vrijheid, en mede daardoor meer recht op geïnformeerd besluiten kunnen nemen.

De artikelen uit titel 7.10 zelf zijn niet erg specifiek en veel omvattend. Het gaat om artikel 7:655, dat slechts een aantal basisfeiten onderwerp van informatieverplichting maakt. Veelal is dat ook al af te leiden uit het salarisstrookje. Ik merkte in het begin van dit artikel al op dat een flink gedeelte van de werknemers z'n salarisstrookje niet leest of niet begrijpt. Lang niet altijd is daar alles uit af te leiden. Gelet op het bovenstaande ligt het voor de hand aan te nemen dat de rechtspraak in de komende jaren de informatieverplichting van werkgevers nader zal invullen. Het ligt ook voor de hand om een sanctie aan te gaan indien men een verplichting aanneemt. Die sanctie zou, met een schuin oog naar de eerder genoemde rechtsgebieden, kunnen zijn dat de bewijslast ligt bij de schender van zo'n verplichting of dat de schender aansprakelijk is tenzij zich een uitzonderingsgrond voordoet.

1.5 Het all in uurloon

Het all in uurloon is een niet wettelijke term die in de praktijk wordt gebruikt om een betaling van zoveel mogelijk arbeidsvoorwaarden in één rond bedrag aan te duiden. De werkgever betaalt dus niet 5 euro salaris en daarbovenop een vergoeding voor vakantiegeld, vakantiedagen, winstdeling en/of andere elementen, maar één rond bedrag waarin dit alles is meegenomen. Het fenomeen lijkt in opmars. Het komt al voor in enkele CAO's (waarvan een zelfs ge-AVV-ed is²⁶). Er zijn diverse motieven voor aan te voeren: veel jongeren en kleine parttimers ervaren het als een voordeel direct over al het geld te kunnen beschikken en niet, zoals oorspronkelijk bedoeld was, met de besteding van het vakantiegeld en de vakantiedagen te moeten wachten totdat de vakantie daadwerkelijk wordt opgenomen. Voor werkgevers is het administratief natuurlijk veel handiger en bovendien kan makkelijker de concurrentie met de zwarte arbeidsmarkt worden aangegaan. Het café op de hoek betaalt vaak een veel hoger uurloon uit, omdat het zich niet gebonden acht aan allerlei regels.

In een door FNV en CNV aangespannen kort geding tegen Ahold heeft het Hof Amsterdam eind 2009 geoordeeld. Daaraan kan worden ontleend dat er op dit vlak meer mogelijk is dan men tot voor kort veronderstelde. Het *vakantiegeld* kan maandelijks worden betaald, indien schriftelijk

²³ HR 6 oktober 2006, *JAR* 2006/265.

²⁴ Ktr. Amsterdam 11 maart en 2 november 1999, *JAR* 2000/1.

²⁵ Ktr. Amsterdam 20 januari 2010, *JAR* 2010/57.

²⁶ De Recreatie-CAO.

overeengekomen zo blijkt uit artikel 17 lid 2 WMM.²⁷ Bij het recht op vakantie zelf moet een onderscheid worden gemaakt tussen het opnemen van een vakantiedag en de betaling tijdens die dag. Artikel 7:639 lid 1 BW schrijft voor dat "de werknemer behoudt gedurende zijn vakantie recht op loon". Indien de werkgever toeziet op de opname van vakantiedagen en het loon uiterlijk op die dag betaald is, is wat betreft het Hof Amsterdam de enige vraag die nog open staat of de vooruitbetaling er toch aan in de weg kan staan dat de werknemer niet met vakantie gaat omdat het loon al op is. Het Hof Amsterdam heeft vervolgens geworsteld met de vraag of de Arbeidstijdenrichtlijn (93/104/EG) hieraan in de weg staat. Deze schrijft voor dat lidstaten de nodige maatregelen nemen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van tenminste 4 weken wordt toegekend (artikel 7 lid 1). In een arrest van 6 april 2006 heeft het Europees Hof van Justitie geoordeeld dat deze bepaling zich er tegen verzet dat de betaling van het loon voor de minimale jaarlijkse vakantie geschiedt in gedeelten, die verspreid over het betrokken arbeidsjaar, samen met het loon voor verrichte arbeid worden uitgekeerd, en niet als uitkering uit hoofde van een bepaalde periode waarin de werknemer daadwerkelijk vakantie opneemt.²⁸ Volgens het arrest van het Hof Amsterdam ligt het voor de hand dat het Hof van Justitie op dit oordeel een nuancering zal aanbrengen terzake van korte contracten. Het ligt echter voor de hand om de wet op dit vlak te verduidelijken. Ook hier is dus behoefte aan een update!

1.6 Variabel loon

Het voert te ver alle aspecten van variabel loon hier te bespreken, ik verwijs naar de bijdrage van Verburg. Ik wil hier slechts signaleren dat juist ook dit onderwerp getuige de sterk veranderende en gediversificeerde praktijk beter geregeld moet worden. De hiervoor aangehaalde uitspraak van het Hof Arnhem²⁹ getuigt daarvan. Ik wil erop wijzen dat die praktijk soms niet of in strijd met de letter van de wet is. Zo is niet ongebruikelijk dat een bonus in aandelen wordt betaald. De wet kent echter slechts een regeling voor de situatie dat het loon in tijdruimte of niet in tijdruimte wordt betaald (623/624) voor niet in geld vastgesteld loon geldt geen regeling qua termijn.

Soms wordt betaling van een bonus uitgesteld; het is tegenwoordig zelfs de trend. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het Besluit beheerst beloningsbeleid Wft 2011³⁰. "Deferren" is in de financiële wereld de norm. Maar mag dat in het licht van artikel 7:624 lid 4 BW? Daar staat dat de voldoening van de bonus tenminste eenmaal per jaar dient plaats te vinden. En dan is er nog een andere uitspraak van het Hof Arnhem waarin werd geoordeeld dat een werkgever die zich in de bonusregelingen het recht heeft voorbehouden om de bonus in aandelen en/of in termijnen te voldoen, moet motiveren waarom hij daarvan gebruik maakt. Is dat een aanwijzing dat de wetgever juist aan het gebruik van dat soort clausules paal en perk zou moeten stellen? Is het niet gek dat een wijziging van een vaste looncomponent aan de verzwaarde redelijkheidstoetsen van 7:611 en 7:613 is gebonden, terwijl de werknemer vogelvrij zou zijn, indien gekozen is voor een variabele beloningsvorm?

Ook de regels over verschuldigdheid van variabel loon laten zien dat afdeling 7.10.2 toe is aan een update. De problematiek kan het best worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld: een medewerker van een strandtent met een vast contract heeft ook recht op loon indien het regent en de klanten derhalve wegblijven. In dat geval geldt het uitgangspunt dat het weer een omstandigheid in die voor het risico van de werkgever komt op grond van artikel 7:628 lid 1. Is echter

²⁷ Hof Amsterdam 27 oktober 2009, *JAR* 2009/284.

²⁸ Hof van Justitie EG 6 april 2006, *JAR* 2006/102.

²⁹ Hof Arnhem 27 april 2010, *JAR* 2010/142.

³⁰ Staatscourant 2010, 806.

met die medewerker stukloon afgesproken (hij krijgt 15% van de omzet die hij bij klanten serveert) dan zou dat in de beleving van veel mensen anders liggen. Denk aan de financiële sector: de medewerker met een vast salaris krijgt doorbetaald ondanks het feit dat de omzet wegvalt. De medewerker met een omzetgerelateerde beloning moet mee ademen met de kredietcrisis. Maar sinds 1999 is onzeker of de strand- en de bankmedewerker met variabele beloning wel moeten meeademen. Ook op hen is immers de norm van artikel 7:628 van toepassing. Dit volgt uit artikel 7:628 lid 3 BW. Voor 1999 was het mogelijk bij schriftelijke overeenkomst af te wijken van artikel 7:628. Sindsdien kan het alleen nog maar per CAO. Dit leidt tot onzekerheid op dat vlak.³¹

1.7 Conclusie

Met het voorgaande heb ik getracht te laten zien dat modernisering van het loon in titel 7.10 BW vanuit een juridisch oogpunt gewenst is. Samengevat leidt dat tot de volgende voorstellen:

- relativeer het belang van het loonbegrip in artikel 7:610 BW
- maak het loonbegrip uniformer met andere loonbegrippen in en buiten titel 7.10 BW
- gebruik de term arbeidsvoorwaarden, daar waar dat kan
- formaliseer informatieverplichtingen ten aanzien van loon en arbeidsvoorwaarden
- maak een aantal bepalingen van semi-dwingend recht, zodat er meer flexibiliteit ontstaat en
- ontwerp regelingen die beter zijn toegesneden op moderne verschijnselen als bonus en all in uurloon.

³¹ Vergelijk de scriptie van Marjolein Zomer, "Loon en prestatie", UvA 2010.

2 Europese invloed op beloningsvraagstukken

M.S. Houwerzijl¹

2.1 Inleiding

In deze bijdrage aan het Nationaal Arbeidsrechtcongres 2010 ga ik in op de Europese invloed op beloningsvraagstukken. Ik begin met een nadere inkadering.

De term ‘beloningsvraagstukken’ wordt vooral in kringen van personeelsmanagement (HRM) en meer specifiek in de wereld van beloningsmanagementbureau’s gebezigd.² Het is een veelomvattend begrip, dat ongeveer alles kan omvatten wat arbeidskosten met zich brengt. Zo opgevat, blijkt de Europese invloed op beloningsvraagstukken vrijwel dagelijks uit mediaberichten over recente ontwikkelingen op het gebied van rechtspraak, beleid of wetgeving(svoorstellen). Over het recente arrest Albron verscheen bijvoorbeeld een bericht onder de kop ‘Uitspraak Europees Hof van Justitie maakt uitbesteden minder rendabel’.³ En over het voorstel van het Europese parlement voor verlenging van het betaalde zwangerschapsverlof en de introductie van twee weken verlof voor vaders werd geschreven dat het te duur zou zijn voor overheden en het bedrijfsleven, vooral in deze tijd van bezuinigingen.⁴ Kortom, houden we de brede HRM-definitie aan, dan kunnen we een groot deel van de Europese arbeidsrechtelijke ontwikkeling in de sleutel van beloningsvraagstukken (en dus van arbeidskosten) zetten. In engere zin gaan beloningsvraagstukken over loon. Hieronder concentreer ik mij op de engere definitie, maar de bredere definitie speelt op de achtergrond steeds mee.

Bezien wij nog een andere definitie-kwestie. Onder Europese invloed versta ik in deze bijdrage de invloed van EU-recht op beloningsvraagstukken en niet de invloed die de Europese economische integratie op zich heeft gehad op de ontwikkeling van beloningen. In deze tijden van Eurosceptis is het desalniettemin aardig eraan te herinneren dat:

*“Nothing in the history of western Europe resembles its experience between 1945 and 1968 (...). The uniqueness of the period could be measured in a less abstract way by measuring the much higher rate of acquisition of cars, televisions, refrigerators, washing-machines, furniture, clothing and housing than in other periods. It was also the period when the increases in public expenditure on welfare, education and health were the greatest.”*⁵

¹ Universitair hoofddocente, verbonden aan de vaksectie sociaal recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en hoogleraar Europees en rechtsvergelijkend arbeidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

² Zie http://www.haygroup.com/downloads/nl/NL_2010_RIS_Brochure_Uw_partner_in_belonen.pdf.

³ FD 22 oktober 2010.

⁴ Volkskrant 6 december 2010, Fel verzet tegen langer zwangerschapsverlof EU

⁵ A.S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, London: Routledge, 1992, p. 21.

Deze ‘thirty golden years’ zijn goeddeels te danken aan het in de Preamble van het oorspronkelijke EEG-verdrag neergelegde ‘wezenlijk doel’ van het streven van de lidstaten tot samenwerking, met het oog op een voortdurende verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de Europese volkeren.

Ik belicht hieronder een drietal voorbeelden van de Europeesrechtelijke invloed op beloningsvraagstukken. Ik kijk vooral naar de mate waarin het EU-recht de mogelijkheden tot loonconcurrentie tegengaat of juist aanmoedigt. Na een korte algemene beschouwing over deze tweeledige invloed van Europees recht op nationaal arbeidsrecht (paragraaf 2), ga ik hier voor beide kanten van de medaille wat specifieker op in met betrekking tot beloning (paragraaf 3 en 4). Ik rond af met enkele stellingen en overwegingen (paragraaf 5).

2.2 De invloed van Europees recht op nationaal arbeidsrecht

De ‘sociale paragraaf’ (oud art. 117-122 EEG-Verdrag, nu 151-161 VWEU) waarin het ‘wezenlijk doel’ van de Europese integratie nader werd uitgewerkt, had in zijn oorspronkelijk versie vooral het oog op samenwerking tussen de lidstaten en niet op bevoegdheidsoverdracht naar de gemeenschap. Verwacht werd dat de in artikel 117 (nu 151-152 VWEU) erkende noodzaak de verbetering van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers te bevorderen, door de werking van de gemeenschappelijke markt vanzelf tot stand zou komen. Hierdoor zou ook de onderlinge aanpassing van de arbeidsvoorwaarden ‘op de weg van de vooruitgang’ mogelijk worden gemaakt. Uit de letter en strekking van artikel 117 blijkt dat de lidstaten bij de uitoefening van hun bevoegdheden op sociaal terrein dienden te streven naar opwaartse convergentie. Artikel 119 (nu 157 VWEU) met betrekking tot de gelijke beloning m/v is in het EEG-verdrag opgenomen om onverantwoorde beleidsconcurrentie op sociaal gebied te voorkomen. Ook art. 120 EEG (nu 158 VWEU) waarin staat dat de lidstaten er naar streven de bestaande gelijkwaardigheid van de bepalingen omtrent betaalde vakantie te handhaven, werd in het verdrag opgenomen wegens de (Franse) angst voor onderlinge concurrentie op arbeidsvoorwaarden.⁶ Kortom, onderlinge loonconcurrentie was anno 1957 uit den boze. De Commissie kreeg in artikel 118 (nu 153 VWEU) oud slechts de taak een nauwere samenwerking tussen de lidstaten op het gebied van arbeids- en sociale zekerheidsrecht, werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen te bevorderen door het verrichten van studies, het uitbrengen van adviezen en het organiseren van overleg. Volgens het EEG-verdrag kon harmonisatie op sociaal terrein dus zowel door de markt, als door beleid gestimuleerd worden.⁷ Van een sociaalrechtelijke bevoegdheid op Europees niveau was uitdrukkelijk geen sprake, uit angst voor verlies aan zeggenschap hadden de lidstaten dit uitgesloten.

Hoe anders is dat nu. Genoodzaakt door de druk om het ‘menselijk gezicht’, ‘de sociale dimensie’ van de E(E)G/EU beter vorm te geven, hebben de lidstaten stapje voor stapje een deel van hun autonomie op dit terrein prijsgegeven. Krachtens het huidige artikel 153 lid 1 jo. lid 2b VWEU heeft de Unie de bevoegdheid het ‘optreden van de lidstaten’ aan te vullen en te ondersteunen door middel van in richtlijnen vastgelegde minimumvoorschriften op het gebied van arbeidstijden- en omstandigheden, arbeidsvoorwaarden, de sociale zekerheid en de sociale bescherming, bescherming bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, informatie en raadpleging van werknemers, medezeggenschap, gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In samenhang met algemene Europeesrechtelijke leerstukken en in het bijzonder het vrij verkeer van werknemers (artikel 45

⁶ Dit werd als een kerntaak van de Gemeenschap gezien. Zie Kapteyn/Verloren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen. Na Maastricht, Deventer: Kluwer 1995, p. 637 en p. 618.

⁷ Zie D. Corbey, Stilstand is achteruitgang. De dialectiek van het Europese integratieproces (diss. Leiden), Assen: Van Gorcum. 1993, p. 178.

VWEU e.v.), is uit deze bevoegdheidsgrondslag een (om met Wilders te spreken) ‘veelkoppig monster’ van Europeesrechtelijke beïnvloeding ontstaan op het sociaal recht van de lidstaten. Ik geef hiervan twee voorbeelden op het gebied van beloning in paragraaf 3. Het monster houdt zich overigens meestal op de achtergrond. Immers, we spreken wel over Europees (sociaal) recht, maar afgezien van rechtstreeks werkend recht uit verdragen en verordeningen, is dit verstopt in en verweven met vaak reeds bestaand nationaal recht. Het is dus grotendeels onzichtbaar recht. Daarom staan we er meestal niet bij stil dat een groot deel van boek 7 titel 10 BW niet alleen nationaal maar ook Europees recht is. Maar daar waar Nederlands arbeidsovereenkomstenrecht als implementatie van het Europese recht heeft te gelden, kunnen begrippen en regels een andere inhoud krijgen dan op grond van het nationale recht het geval zou zijn. Dit is weleens aangeduid als het ontregelende effect van het EU-recht.⁸ Zo beschreef Lord Denning in 1974 het EG-recht al: *“Like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers.”*⁹

Of we het nu ‘vloed’ of ‘monster’ noemen, feit is dat er ook een kant aan kleeft die de werking van het arbeidsrecht in de lidstaten niet ondersteunt, maar beperkt. De invloed van deze onderdelen van het EU-recht op beloningsvraagstukken, betreft de ruimte voor loonconcurrentie binnen de interne markt. Dit is het geval als het gaat om de invloed van Europees recht op het terrein van diensten- en vestigingsvrijheid, de mededinging en het aanbestedingsrecht. Dit niet-arbeidsrechtelijke EU-recht beperkt de reikwijdte van het nationale arbeidsrecht zonder er Europees arbeidsrecht voor in de plaats te stellen. Daarmee wordt de ruimte voor loonconcurrentie binnen de interne markt bevorderd, door gebruikmaking van de verschillende rechtsstelsels en loonniveau’s van de lidstaten. Gelet op de beperkende werking voor het nationale arbeidsrecht, pogen (actoren in) lidstaten vaak deze invloed buiten de deur te houden. Een voorbeeld waarin dit lukte, is te vinden in het Albany-arrest. Hierin werd bepaald dat een cao naar haar aard niet onder het mededingingsrecht valt.¹⁰

De detacheringsrichtlijn, en de hierop gebaseerde rechtspraak is het meest in het oog springende voorbeeld, waarbij het niet gelukt is de beperkende kant van de Europese invloed op het nationale arbeidsrecht tegen te houden. Bij grensoverschrijdende detachering, gebaseerd op het vrije dienstenverkeer, vindt directe loonconcurrentie met lokale ondernemers en werknemers plaats binnen één nationale arbeidsmarkt. Op dit voorbeeld kom ik terug in paragraaf 4.

⁸ I.P. Asscher-Vonk, De Arbeidsovereenkomst en het EG-recht, in: Hartkamp/Sieburgh/Keus, De invloed van het Europees recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer: Kluwer 2007, p. 434, onder verwijzing naar Smits, Preadvies NJB 1006-I, p. 97-98 de verwijzing daar naar G.Teubner, Legal Irritants, MLR 61, 1998, p. 12. Zie tevens special Europeesrechtelijke invloeden op het arbeidsrecht ArbeidsRecht 2010/11.

⁹ In *Bulmer Ltd v Bollinger SA*, geciteerd bij W. van Gerven, ‘Comparative law in a texture of communitarization of national laws and europeanization of community law’, in: D. O’Keeffe (ed.), *Liber Amoricum Slyn*, Kluwer: 2000, p. 433.

¹⁰ De zaak ging over de verplichte aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds in een algemeen verbindend verklaarde cao. Zie behalve HvJ EG in Albany (C-67/96, 21 september 1999), ook Brentjens (C-116 t/m C-117/97) en Drijvende Bokken (C-180/98, 12 september 2000). Recent, over de relatie tot het aanbestedingsrecht: Commissie/Duitsland (C-271/08) 15 juli 2010 (overheidswerkgever moet pensioenuitvoering aanbesteden).

2.3 Loonconcurrentie beperkende invloed van EU-recht

Gelijke beloning m/v

De zonder twijfel belangrijkste Europeesrechtelijke invloed op normering van beloningsvraagstukken in het nationale recht vloeit voort uit het al genoemde artikel 119 oud (thans 157 VWEU).¹¹ Sinds het arrest Defrenne II staat vast dat artikel 157 VWEU verticale en horizontale rechtstreekse werking heeft en dus zowel tegen de staat als tegen particulieren kan worden ingeroepen voor de nationale rechter. Vanaf 1975 dringt de regelgeving en jurisprudentie op grond van deze bepaling met betrekking tot gelijke beloning m/v door in het Nederlandse recht. De implementatie van Richtlijn 75/117/EEG (thans opgegaan in consolidatierichtlijn 2006/54) was de eerste stap naar een concretisering in het nationale recht van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen. Zoals bekend, zou het Europese gelijkebeloningsrecht zich daarna gestaag uitbreiden, vooral via de verstrekkende uitleg van het Hof van Justitie (HvJ EG/EU). Onder het rechtstreeks in het recht van de lidstaten doorwerkende begrip beloning in het kader van art. 157 VWEU vallen alle huidige of toekomstige voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer betaalt, uit hoofde van zijn dienstbetrekking. Op grond van de jurisprudentie van het Hof heeft deze ruime definitie van loon een grote reikwijdte gekregen.¹² Gelijkeheid van beloning houdt in dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van een zelfde maatstaf en dat de beloning voor arbeid in tijdloon dezelfde is voor een zelfde functie. Richtlijn 75/117 spreekt voorts van arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend, deze ruime uitleg is later door het Hof overgenomen. Ook aanvullende pensioenregelingen die overeengekomen zijn op ondernemings- of sectoraal niveau, vallen bijvoorbeeld onder dit begrip (maar niet de wettelijke socialezekerheidsstelsels). Onderwerp van jurisprudentie en nadere regelgeving is tevens de toetsingsmethodiek, waarbij van belang is met wie wordt vergeleken (maatmens) en hoe wordt vergeleken. Inmiddels heeft het oorspronkelijke recht op gelijke beloning m/v navolging gekregen in een keur aan andere gelijke belonings- en gelijke behandelingsvoorschriften in het EU-recht, die allen diepgaande sporen hebben getrokken in het nationale recht. Hiertoe reken ik ook richtlijn 97/81 over deeltijdarbeid, richtlijn 1999/70 over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en (zelfs) richtlijn 2008/104 over uitzendarbeid. Opmerkenswaardig is dat in het huidige 'acquis' inzake gelijke beloning m/v, de boven aangehaalde oorspronkelijke economische doelstelling van art. 157 VWEU steeds meer is verdrongen door de sociale doelstelling.

Discriminatieverbod op grond van nationaliteit

Het discriminatieverbod op grond van nationaliteit met betrekking tot de toegang tot arbeid alsmede de beloning en overige arbeidsvoorwaarden dat is neergelegd in art. 45 VWEU (oud art. 48 EEG) heeft ook invloed gehad op beloningsvraagstukken. Bij deze gelijkebehandelingsnorm die eveneens al vanaf 1957 in het Verdrag is neergelegd, lijken, in tegenstelling tot het beginsel van gelijke beloning m/v, de economische en de sociale doelstelling elkaar anno 2011 in evenwicht te houden. Dit kan wellicht verklaard worden door het feit dat artikel 45 niet is opgenomen in de sociale paragraaf van het Verdrag, maar in het deel over de interne markt. Net als artikel 157 VWEU, heeft

¹¹ Eerder dan in Europees verband werd in internationaal verband de ongelijke beloning m/v aangepakt. Zie IAO-conventie 100 (1951), art 4 lid 3 ESH, en reeds het Verdrag van Versailles 1919, en art 23 van de Verklaring rechten van de mens 1948.

¹² Zie bijvoorbeeld S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu 2004, vanaf p. 58 en/of I.P. Asscher-Vonk/A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, vanaf p. 265.

artikel 45 VWEU zowel verticale als horizontale directe werking, wat betekent dat EU-burgers zich daar tegenover de overheid en tegenover particulieren, zoals werkgevers, op kunnen beroepen.¹³ In tegenstelling tot een beroep op de gelijke behandelingsnorm m/v, slaagt een beroep op het vrije werknemersverkeer echter niet als er sprake is van een 'interne situatie'. Een werknemer in de zin van artikel 45 VWEU moet niet alleen de 'EU-nationaliteit' hebben, maar moet zichzelf ook voor werk verplaatsen ('migreren') naar een andere lidstaat.

Ook art. 45 VWEU had primair een economische achtergrond. Een van de directe gevolgen van het vrije verkeer is dat het nationale vreemdelingenrecht niet van toepassing is: een werknemer die in een andere lidstaat gaat werken, hoeft ter plekke geen tewerkstellingsvergunning aan te vragen. De Europese werknemer ontleent het recht op toegang tot de arbeidsmarkt van andere lidstaten namelijk direct aan het Verdrag. Daarmee vervalt de mogelijkheid om op de eigen arbeidsmarkt prioriteit te geven aan de nationale werknemers boven werknemers uit de andere lidstaten. De buitenlandse werknemers treden dus in directe concurrentie met de binnenlandse werknemers. Het in artikel 45 VWEU opgenomen discriminatieverbod moet er voor zorgen dat deze concurrentie geen negatieve gevolgen heeft voor het niveau van de arbeidsvoorwaarden. Het gelijke behandelingsprincipe verbiedt namelijk het aanbieden of aanvaarden van minder gunstige lonen en andere arbeidsvoorwaarden door werknemers uit andere lidstaten, zo bevestigde het Hof van Justitie van de EG in 1974 in het arrest *Franse zeelieden* waarin een verband werd gelegd tussen art. 48 en art. 117 oud.¹⁴ Om te voorkómen dat werknemers zich tegen het Europese ideaal van integratie zouden keren, beoogden de zes lidstaten van destijds op deze wijze alleen 'acceptabele mobiliteit' te bevorderen. Daarmee werd gedoeld op migratie wegens bepaalde kwaliteiten of wegens tekorten in het land van bestemming. Onacceptabele mobiliteit (migranten inhuren als goedkoop alternatief voor lokaal personeel) moest met het discriminatieverbod juist worden tegengegaan.

Dit discriminatieverbod garandeert echter niet dat van de toestroom van buitenlandse werknemers geen negatieve druk uitgaat op de loonkosten. Buitenlandse werknemers kunnen bereid zijn om bepaalde banen te accepteren tegen een loonniveau waarvoor de meeste Nederlanders dat werk niet willen doen. Zolang dit blijft binnen wettelijke kaders, waaronder in dit verband ook verbindend verklaarde cao's worden begrepen, is dit niet in strijd met het discriminatieverbod. Het is op grond van art. 45 VWEU niet alleen verboden om buitenlandse werknemers te benadelen, maar ook om het werknemersverkeer te belemmeren. Hieruit volgt dat loonvoorschriften slechts bindend kunnen zijn ten aanzien van buitenlandse werknemers als zij ook bindende werking hebben ten opzichte van binnenlandse werknemers. In Nederland kennen we – naast het wettelijk minimumloon – een systeem van juridisch bindende cao's waarin ook loonbepalingen staan. Bedrijfstak-cao's worden meestal inclusief de loonvoorschriften algemeen verbindend verklaard. In beginsel biedt het Nederlandse avv-systeem een goede kapstok voor de bescherming tegen loonconcurrentie ten gevolge van werknemersmobiliteit. Door verbindend verklaring van de cao-bepalingen ontstaat er op bedrijfstak of sectorniveau een bindend stelsel van arbeidsvoorwaarden dat beduidend uit kan gaan boven het in de wet neergelegde minimum (en dicht tegen de daadwerkelijke marktlonen aanligt). Dit stelsel beschermt ook de buitenlandse werknemers. Mits cao's ook daadwerkelijk, en in redelijk op elkaar aansluitende periodes, verbindend worden verklaard, legt het Nederlandse systeem dus in beginsel een stevige bodem van dwingend recht in het loongebouw. In het verleden liet de Nederlandse avv-praktijk ruimte voor loonconcurrentie door de mogelijkheid een vrijstelling te verkrijgen van de avv-cao op grond van een eigen ondernemings-cao. Deze vrijstelling werd gedurende langere tijd vrijwel automatisch verstrekt. Inmiddels zijn – mede onder invloed van het

¹³ Voor horizontale directe werking, zie HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98 (Angonese).

¹⁴ Zie HvJ EG, zaak 167/73 (*Commissie v. Frankrijk*, ook bekend als *Franse zeelieden*), Jur. 1974, p. 359.

vrij verkeer - de criteria voor vrijstelling aangescherpt. Overigens wordt de ondernemings-cao nog steeds niet systematisch getoetst ten aanzien van het door die cao geboden niveau van werknemersbescherming.

Ten slotte verdient nog opmerking dat het discriminatieverbod op grond van nationaliteit niet in de weg staat aan een bijzondere regeling voor uit het buitenland afkomstige werknemers. Die regeling moet echter nadrukkelijk gerechtvaardigd zijn met het oog op hun bijzondere positie. Nederlandse arbeidsvoorwaarden zijn namelijk niet altijd toegesneden op de situatie van de buitenlandse werknemer. Dit is het geval bij in het buitenland woonachtige uitzendkrachten. In de (algemeen verbindend verklaarde) ABU-cao is sinds enige tijd een voorziening opgenomen voor deze groep, die voorziet in afwijking van de bepalingen voor in Nederland woonachtige uitzendkrachten op een aantal specifiek genoemde punten.¹⁵ Een kenmerk van de regeling voor in het buitenland woonachtige uitzendkrachten in de ABU-cao is dat deze bepaalde in de cao opgenomen rechten kapitaliseert. Denk aan bovenwettelijke vakantiedagen, reservering voor kort verzuim, vakantiebijslag en feestdagen. Deze kunnen worden afgekocht met een wekelijkse, maandelijkse of andere periodieke uitbetaling. Daarbij dient de totale waarde van de arbeidsvoorwaarden van de buitenlandse uitzendkracht gelijk te zijn aan de waarde van de arbeidsvoorwaarden van de overige uitzendkrachten.

2.4 Loonconcurrentie bevorderende invloed van EU-recht

De benadering van art. 45 VWEU waarbij elke vorm van directe loonconcurrentie van migrerende Europese werknemers op de arbeidsmarkt van de lidstaat van bestemming was uitgesloten, is sinds 1990 stapsgewijs via zowel de jurisprudentie van het Hof als via Europese regelgeving verlaten. Het gelijkebehandelingsgebod op grond van art. 45 lid 2 bestaat weliswaar nog steeds, maar daarnaast zijn soepeler mogelijkheden voor tijdelijke mobiliteit van werknemers ontstaan via het vrije dienstenverkeer. Zo bepaalde het Hof van Justitie voor het eerst in het arrest *Rush Portuguesa* dat buitenlandse ondernemers gebruik maken van het vrij verkeer van diensten wanneer zij werknemers detacheren voor de uitvoering van werk in een andere lidstaat.¹⁶ Ook vrij verkeer van zelfstandigen via de diensten- en vestigingsvrijheid is gemakkelijker geworden dan vroeger. Pas toen de EU in 2004 opging voor de meest historische uitbreiding in zijn geschiedenis, bleken de verstrekkende gevolgen hiervan.

Zoals gezegd, is de detacheringsrichtlijn 96/71, en de rechtspraak hieromtrent, het meest in het oog springende voorbeeld waarin de beperkende kant van de Europese invloed op het nationale arbeidsrecht zich manifesteert. De richtlijn is gebaseerd op het vrij verkeer van diensten. Ook bij gebruikmaking van het dienstenverkeer geldt een non-discriminatie en belemmeringsverbod, echter niet ten aanzien van de gedetacheerde werknemer maar ten aanzien van zijn werkgever, de grensoverschrijdende dienstverrichter. Het is dus bij detachering van werknemers van belang dat er een in de EU gevestigde werkgever is. Anders dan bij het vrij werknemersverkeer krachtens art. 45 VWEU, hoeft de gedetacheerde werknemer geen EU-burger te zijn, al moet hij wel permanent en

¹⁵ Zie artikel 45 ABU-Cao 2009-2014. Hierin is bepaald dat voor niet permanent in Nederland woonachtige uitzendkrachten ten aanzien van een aantal cao-bepalingen de hieruit voortvloeiende rechten en plichten op alternatieve wijze kunnen worden vormgegeven. Als voorwaarde is gesteld dat de waarde van de arbeidsvoorwaarden voor deze uitzendkrachten gelijk is aan de waarde van de arbeidsvoorwaarden van de overige uitzendkrachten. In artikel 44 ABU-cao voor uitzendkrachten 2009-2014 staat als reden voor deze bepaling genoemd de wens aan te sluiten bij de behoeften en het specifieke werkritme van deze groep.

¹⁶ HvJ EG, zaak C-113/89 (*Rush Portuguesa*), Jur. 1990, p. I-1417.

legaal in een lidstaat verblijven en in reguliere dienst zijn van een in een lidstaat gevestigde werkgever.

Werknemersmobiliteit in het kader van het vrije verkeer van diensten wijkt op een belangrijk punt af van mobiliteit in het kader van het vrije werknemersverkeer. Als een werknemer naar een ander land gaat om daar een baan te accepteren, zal zijn arbeidsverhouding in het algemeen worden beheerst door het recht van het land waar hij zijn werkzaamheden verricht – het land van ontvangst derhalve. Maar de werknemer die door zijn werkgever voor korte tijd naar een andere lidstaat wordt gestuurd, blijft over het algemeen voor wat betreft het arbeidsrecht vallen onder het recht van zijn gewoonlijke werkland, meestal samenvallend met het vestigingsland van zijn werkgever. Dit is een gevolg van de regeling in het EVO, thans omgezet in de Rome I Verordening (2008/593). Artikel 8 Rome I (artikel 6 EVO) gaat ervan uit dat een internationale arbeidsovereenkomst, bij gebreke aan een rechtskeuze, wordt beheerst door het recht van het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht. Kortdurende detacheringen brengen hierin geen wijziging. De Poolse werknemer die door een Pools bedrijf naar Nederland wordt uitgezonden, werkt dus in beginsel onder Pools recht. Als er verder niets geregeld was, zou toepassing van artikel 8 Rome I dus leiden tot concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen buitenlandse en binnenlandse aanbieders van diensten. Om dit tegen te gaan is gezocht naar een oplossing. Traditioneel biedt artikel 9 Rome I (artikel 7 EVO) deze oplossing tot op zekere hoogte, maar in praktijk is het belang van deze bepaling bij detachering naar de achtergrond verdronken door de detacheringsrichtlijn.

In artikel 3 lid 1 van deze richtlijn is voor gedetacheerde werknemers een ‘harde kern’ van arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden gedefinieerd waarvoor, mits dwingendrechtelijk van aard, het werklandbeginsel geldt, tenminste als dit de werknemer beter beschermt dan het recht dat overigens toepasselijk is op de arbeidsovereenkomst (conform artikel 8 Rome I). De belangrijkste op geld waardeerbare onderdelen van dit basispakket betreffen het minimumloon, het minimum aantal betaalde vakantiedagen en de arbeidstijden. De WML behoort dus tot het basispakket aan wettelijke arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden waaraan buitenlandse dienstverrichters zich moeten houden (zie voorts art. 1 Waga). Ten aanzien van in ge-avv-de cao’s opgenomen bescherming inzake het basispakket, stelt de richtlijn de toepassing hiervan verplicht in de bouwsector. De richtlijn maakt dit ook mogelijk voor andere sectoren. In Nederland is hiervan gebruik gemaakt. Voor daadwerkelijke toepasselijkheid van het ‘cao-regime’, is wel noodzakelijk dat gedetacheerde werknemers binnen de territoriale en personele werkingssfeer van de cao vallen. Deze werkingssfeer werd vanouds overgelaten aan de sociale partners. In het kader van de implementatie van de detacheringsrichtlijn is de toepasselijkheid van (tot de onderwerpen van het basispakket beperkte) avv-cao-bepalingen op gedetacheerde werknemers echter dwingend vastgelegd in artikel 2 lid 6 van de Wet AVV. In artikel 46 van genoemde ABU-cao wordt aangegeven welke bepalingen van de cao van toepassing zijn op ‘gedetacheerde’ uitzendkrachten en hun buitenlandse werkgevers. De cao’s in de bouwsector bevatten soortgelijke bepalingen. Bovendien zijn de toepasselijke cao-bepalingen in meertalige brochures toegankelijk gemaakt. Dit was geen overbodige luxe, want, zo heeft het Hof bepaald, de buitenlandse werkgever kan alleen aan zijn verplichtingen op grond van art. 3 lid 1 detacheringsrichtlijn worden gehouden, als deze voldoende nauwkeurig en toegankelijk zijn. Het moet namelijk voor een buitenlandse werkgever in de praktijk niet onmogelijk of overdreven moeilijk zijn om te weten te komen welke verplichtingen hij moet nakomen.¹⁷

De detacheringsrichtlijn beoogt een evenwicht te creëren tussen aan de ene kant de bevordering van het vrije dienstenverkeer binnen de EU en aan de andere kant de bescherming van de

¹⁷ Zie artikel 4 lid 3 Detacheringsrichtlijn en HvJ EG 23 november 1999, gev. zaken C-369/96 en C-376/96 (Arblade). Bevestigd in HvJ EG 18 december 2007 (Laval), zaak C-341/05, r.o. 110.

gedetacheerde werknemers alsmede de eerlijke mededinging tussen buitenlandse en binnenlandse ondernemers.¹⁸ We zien hier dezelfde gemengde doelstelling terug als bij artikel 45 VWEU. In het kader van detachering op grond van het vrij verkeer van diensten is de open gelijke behandelingsnorm van artikel 45 VWEU echter vervangen door het beperkte werklandbeginsel van de detacheringsrichtlijn. Er blijft hiermee – door het Hof van Justitie gelegitimeerde – ruimte over om te concurreren op overige arbeidskosten met lokale ondernemingen (die hier geen verweer tegen hebben omdat zij zelf wel gebonden zijn aan het lokale arbeidsrecht). Sinds de arresten Laval, Rüffert en Commissie/Luxemburg staat namelijk onmiskenbaar vast dat lidstaten nauwelijks ruimte hebben extra bescherming toe te voegen aan de ‘harde kern’, laat staan een volledig gelijke behandeling met de eigen werknemers, zoals bij werknemersmobiliteit op grond van artikel 45 VWEU.¹⁹ De bescherming is daarmee in belangrijke mate beperkt tot de in de richtlijn genoemde terreinen, maar is tegelijkertijd gepreciseerd in juridische termen. Net als destijds bij het beloningsbegrip in het kader van artikel 157 VWEU vragen deze om nadere operationalisatie van de gehanteerde begrippen en van de toetsingsmethodiek.

Wat betreft het niet nader omschreven begrip ‘minimumloon’ wordt in artikel 3 verwezen naar het recht van het land waar de detachering plaatsvindt. Wel bepaalt de richtlijn dat de vergoeding voor overwerk deel uitmaakt van het minimumloon, maar aanvullende pensioenregelingen daarentegen niet (zie artikel 3 lid 1 sub c). Ook toeslagen in verband met de ter beschikking stelling worden als een deel van het minimumloon beschouwd, voor zover deze niet uitgekeerd worden als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten (zie artikel 3 lid 7 tweede volzin). In een arrest van 14 april 2005 heeft het Hof deze bepalingen nader uitgelegd. De uitspraak is gedaan in een inbreukprocedure die de Commissie had ingesteld tegen Duitsland over de wijze van toepassing van de Duitse cao inzake het minimum functieloon in de bouwnijverheid op naar Duitsland uitgezonden werknemers van buitenlandse bouwbedrijven. Het conflict tussen de Commissie en Duitsland draait om de vergelijkingsmaatstaf: met welke loonbestanddelen wordt rekening gehouden bij de toetsing of een buitenlands bedrijf voldoet aan de norm van de Duitse wet – alleen het door de werkgever betaalde basisloon of ook toe- en bijslagen? Volgens het Hof moet onderscheid gemaakt worden tussen door de werkgever betaalde bijdragen aan vakantiekassen, uitkeringen inzake een 13^e en 14^e maand en dergelijke vaste looncomponenten enerzijds en toeslagen wegens gevaarlijk, zwaar en onregelmatig werk anderzijds. Deze laatste zijn namelijk een compensatie voor de hogere economische waarde die dergelijk werk vertegenwoordigt en dienen derhalve niet meegenomen te worden bij de berekening van het minimumloon. De eerste soort toeslagen, die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en het loon dat hij daarvoor ontvangt, zijn daarentegen wel te beschouwen als bestanddelen van het minimumloon. Er vindt dus tot op zekere hoogte een kapitalisatie plaats van loonaanspraken. Deze is echter in het genoemde arrest beperkt tot de vaste loonbestanddelen.²⁰ Het lijkt daarbij niet mogelijk om vakantiedagen te ‘ruilen’ tegen loon en vice versa – zoals dit wel is voorzien in bovengenoemde ABU-cao.

¹⁸ Zie over richtlijn en achtergrond M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG* (diss. Tilburg), Europese Monografieën nr. 78, Deventer: Kluwer 2005 en A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers. Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de detacheringsrichtlijn* (diss. UvA), Den Haag: SDU 2000.

¹⁹ HvJ EG, Laval (18 december 2007, C-341/05), Rüffert (3 april 2008, C-346/06), Commissie/Luxemburg (18 juni 2008, C-319/06).

²⁰ Waarbij aangetekend moet worden dat de Duitse casus mede bepaald werd door het Duitse minimumloonbegrip. Zie de noot bij dit arrest van M.S. Houwerzijl, *NTER* 2005, p. 185-190.

Artikel 45 ABU-cao hanteert in het kader van het vrij verkeer van werknemers een omrekeningsmethode waarbij een aantal op geld waardeerbare rechten kunnen worden omgezet in loon. Een dergelijke omzetting van rechten in loon per effectief gewerkt uur (dus rekening houdend met vakantiedagen en standaardwerktijden), zou ook in het dienstenverkeer aan de gewenste duidelijkheid kunnen bijdragen. Mits daarnaast ook wordt voorzien in heldere minimumnormen met betrekking tot het aantal vakantiedagen en de rusttijden, hoeft een dergelijk systeem geen Europeesrechtelijke problemen te geven.²¹ In Nederland zou omzetting van het voorgeschreven minimumloon in de Wet minimumloon (WML) van maand- naar uurloon al een goede stap in de richting zijn, ook omdat hiermee beter te controleren valt of de gedetacheerde werknemer daadwerkelijk het aantal gewerkte uren krijgt uitbetaald.²² Zo krijgt de (buitenlandse) werknemer tevens meer inzicht in wat hij minimaal hoort te verdienen. Of hij daardoor eerder een thans wel gebruikte constructie zal weigeren waarbij wel het minimumloon wordt betaald maar dan voor een zestig-urige werkweek in plaats van een veertig-urige werkweek, valt te bezien. Maar de constructie is dan in elk geval zonder meer onwettelijk.²³

2.5 Toekomstige invloed van EU-recht op beloningsvraagstukken

Tot welke discussiepunten leidt deze beschouwing over de mate waarin het EU-recht de mogelijkheden tot loonconcurrentie tegengaat of juist aanmoedigt? Allereerst de vraag of Nederland een adequaat stelsel van normen heeft als het erom gaat loonconcurrentie ook in internationale gevallen tegen te gaan. Naar mijn mening is dit grosso modo het geval. Het komt vooral aan op de toepassing en handhaving ervan (stelling 1 Nationaal arbeidsrechtcongres). En dat is gemakkelijker gezegd dan gedaan.

Los hiervan is het de vraag of er (steeds) een rechtvaardiging is voor de verschillende aanspraken op beloning die voortvloeien uit de werknemersmobiliteit op grond van artikel 45 VWEU aan de ene kant, en werknemersmobiliteit op basis van de detacheringsrichtlijn aan de andere kant. Neemt men de ratio van artikel 45 VWEU serieus, zou dan niet elke grensoverschrijdende werknemer aanspraak moeten kunnen maken op een gelijkwaardige beloning als nationale werknemers, zelfs in geval van kortdurende detachering (stelling 2 Nationaal arbeidsrechtcongres)? Ik beantwoord deze vraag in elk geval bevestigend in de situatie van uitzendarbeid. In een zaak over de vraag of Nederland ten onrechte het overgangsregime voor vrij werknemersverkeer uit de nieuwe lidstaten ook ten aanzien van gedetacheerde uitzendkrachten handhaaft, heeft het Hof inmiddels geoordeeld dat het gekunsteld is om onderscheid te maken naargelang een werknemer rechtstreeks en zelfstandig tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat toetreedt dan wel door middel van een bedrijf dat de

²¹ Eerder bepleit in A.A.H. van Hoek/M.S. Houwerzijl, De Europese werknemer en het Nederlandse arbeidsrecht, *SMA* 2006/10, p. 432-453.

²² De regering heeft in 2006 over de wenselijkheid van een minimumuurloon advies gevraagd aan de Stichting van de Arbeid die evenwel de bal weer heeft teruggekaatst door te vragen om een meer toegespitste adviesaanvraag. Kamerstukken II 2005-2006, 29 407, nr. 32, p. 5; 29 407 en 30300XI, nr. 46, p. 3. In 2004 waren de Star en de minister nog tegen de invoering van een minimumuurloon, zo werd opgemerkt in het parlement. Zie Kamerstukken II, 29 407, nr. 45, p. 5.

²³ Art. 12 WML hanteert het begrip normale arbeidsduur. Als partijen een korter dan normale arbeidsduur overeengekomen zijn, wordt het wettelijk minimumloon krachtens deze bepaling evenredig verminderd. Als partijen een langere dan normale arbeidsduur overeengekomen zijn, dan bestaat geen aanspraak op een evenredige verhoging van het wettelijke minimumloon. Zie Ktr. Amsterdam, 17 april 1983, *Prg* 1983, 1949 (m.nt. Hesseling), aangehaald in Bouwens/Duk, Van der Grinten *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 81 (nt 31).

terbeschikkingstelling van arbeidskrachten als activiteit heeft.²⁴ Hiermee is de (toch al wringende) legitimering van de ongelijke behandeling van gedetacheerde en ingezeten (of via artikel 45 VWEU gemigreerde) uitzendkrachten qua beloning en overige arbeidsvoorwaarden weggevalen.²⁵

Ten slotte moet worden geconstateerd dat de invloed van het Europese recht op beloningsvraagstukken (in engere zin) beperkt is gebleven. Opvallend is daarbij dat er op dit gebied geen minimumharmonisatie heeft plaatsgevonden, zoals bijvoorbeeld op het terrein van de arbeidstijden (richtlijn 2003/88). De reden voor deze lacune is snel gevonden: directe bemoeienis van de Europese wetgever op het terrein van beloning is uitgesloten in artikel 153 lid 5 VWEU.²⁶ Is deze blokkade anno 2011 nog houdbaar? In het kader van de detacheringsrichtlijn is de gevoeligheid voor loonconcurrentie sterker in landen waar geen wettelijk minimumloon bestaat (zoals Duitsland en Zweden). In een sector waar ook geen bindend cao-loon geldt, kan dan tegen Bulgaars loon op de Duitse arbeidsmarkt worden gewerkt. Ter illustratie: Bulgarije kende in 2009 een wettelijk minimumuurloon van 0,71 euro per uur tegen 8,47 euro in Nederland.²⁷ Met een Europees wettelijk minimumloon zou zowel de Bulgaarse werknemer als zijn Duitse collega geholpen zijn.²⁸ De kwestie wint aan actualiteit door ontwikkelingen op een heel ander terrein: sinds het uitbreken van de 'eurocrisis' wordt aangestuurd op strengere begrotingsregels. In dit verband dienen de eurolanden zich te verbinden tot een hoger en dwingender niveau van beleidscoördinatie op het gebied van onder meer de loonontwikkeling en een hogere pensioenleeftijd, aldus het laatste voorstel vanuit de EU.²⁹ Nauwere samenwerking op dit terrein lijkt inderdaad onontkoombaar. Maar Europees beleid op een terrein waarop de Europese wetgever geen enkele competentie heeft, is vanuit democratisch oogpunt bijzonder problematisch. Artikel 153 lid 5 VWEU moet dan ook worden geschrapt om Europees beloningsbeleid te legitimeren en (bijvoorbeeld) een Europees minimumloon mogelijk te maken (stelling 3 Nationaal arbeidsrechtcongres).

²⁴ HvJ EU, 10 februari 2011 (C-307/09 t/m C-309/09 *Vicoplus e.a.*). Zie voor een pleidooi voor deze uitleg Houwerzijl/Kullmann, *Werknemersmobiliteit binnen de EU*, *ArbeidsRecht* 2010/11, p. 31-32.

²⁵ Zie het verschil in aanspraken neergelegd in art. 45 en 46 ABU-cao.

²⁶ Artikel 153 lid 5 luidt: Dit artikel is niet van toepassing op de beloning, het recht van vereniging, het stakingsrecht of het recht tot uitsluiting. Wel is een recht op fatsoenlijke beloning (decent wage or living wage) opgenomen in art. 5 Gemeenschapshandvest sociale grondrechten werkenden 1989, maar niet in het handvest van de grondrechten dat sinds de ratificatie van het Verdrag van Lissabon juridisch bindend is (zie art. 6 lid 2 VEU).

²⁷ Zie Thorsten Schulten, *Minimum wages in Europe: new debates against the background of economic crisis*, ETUI Policy Brief Issue 2/2009 *European Economic and Employment Policy*, p. 2. Gemeten in euro's was in 2009 sprake van een verhouding van 1:13 tussen het hoogste (Luxemburg) en het laagste minimumloon (Bulgarije). Gemeten in koopkracht daalt dit naar 1:6. Echter, in het voorbeeld hierboven heeft de Bulgaarse werknemer voor zijn levensonderhoud tijdens de detachering veelal te maken met Duitse prijzen. De verhouding zou dan juist naar boven bijgesteld moeten worden.

²⁸ In 20 van de 27 lidstaten bestaat een dwingendrechtelijk minimumloon. Gelet op de grote verschillen in loonniveaus, met name tussen de oude en de nieuwe lidstaten, zou een Europees equivalent overigens alleen denkbaar zijn in de vorm van een bepaald uniform percentage van het gemiddelde loon.

²⁹ Zie 'Europese afspraken over pensioenen', *Volkskrant* 1 maart 2011. Dit voorstel van Barosso en Van Rompuy sluit nauw aan bij het door de andere lidstaten afgeschoten voorstel voor een 'Concurrentiepak' van Duitsland en Frankrijk. In ruil voor afspraken over o.a. een gematigde loonontwikkeling, is Duitsland bereid het noodfonds voor de zwakke eurolanden te verhogen.

3 Scholing als arbeidsvoorwaarde

G.J.J. Heerma van Voss¹

3.1 Inleiding

Hoewel in Haagse kringen het onderwerp scholing populair is en veelal als uiterst belangrijk wordt gezien in het kader van de ontwikkeling van de 'employability' van werknemers, blijkt het erg moeilijk om samenhangend beleid ter zake van scholing in het arbeidsrecht te ontwikkelen.

Mijns inziens is dit te wijten aan het feit dat het onderwerp scholing nog betrekkelijk onontgonnen is in arbeidsrechtelijke kring. Sociale partners beginnen het belang van het onderwerp te onderkennen, maar zien het vooral als een arbeidsvoorwaardelijke factor. Tijd voor een eerste verkenning.

Na enkele inleidende opmerkingen over het beleid ten aanzien van de arbeidsrechtelijke aspecten scholing worden in deze bijdrage de drie essentiële elementen voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst met het oog op scholing bezien. Scholing kan zowel een rol spelen als 'arbeid' als ook als 'loon'. Daarna komt scholing in het kader van de gezagsverhouding (als recht of plicht) aan de orde. Vervolgens zullen de belangrijke thema's van de bekostiging van scholing als de relatie met de ontslagbescherming worden besproken.

3.2 Is er een beleid ten aanzien van de arbeidsrechtelijke aspecten van scholing?

De filosofie van 'een leven lang leren' neemt al lange tijd internationaal gezien een belangrijke plaats in de beleidsvorming in.² In Nederland begint dit echter pas langzaam door te sijpelen. In juli 2009 bracht een Denktank onder leiding van oud-Minister Van Boxtel advies uit over het stimuleren van een leven lang leren in Nederland. In het advies werd op dit punt een concrete stap voorgesteld, namelijk om een wederzijds recht op en een wederzijdse plicht tot scholing van werkgevers en werknemers wettelijk vast te leggen.³

De sociale partners wisten niet hoe snel zij zich moesten beijveren voor het in een lade doen verdwijnen van dit rapport. In december 2009 bracht de Stichting van de Arbeid haar visie op scholing van werkenden uit.⁴ Het rapport ademt een en al vrijblijvendheid uit. Zelfs de term 'leven lang leren' wordt vervangen door een nieuwe term 'leren loont', omdat reeds de term 'leven lang leren' een "negatieve, dwingende connotatie" zou hebben. De eerste zin van de reactie van de stichting op het werk van de Denktank luidt: "De Stichting van de Arbeid wijst een wettelijke scholingsplicht of -aanspraak af." Wettelijke regeling zou leiden tot "ongewenste juridisering", en tot "onduidelijkheid over rechten en plichten". Dit terwijl het doel van een wettelijke regeling naar het mij voorkomt juist zou zijn die rechten en plichten te verduidelijken. Wettelijke verankering zou

¹ Prof. Mr. G.J.J. Heerma van Voss, hoogleraar sociaal recht Universiteit Leiden.

² B.P. ter Haar, 'Scholing en Europees beleid: een leven lang leren voor werk', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 43-65.

³ Denktank Leren en Werken, *Tijd voor ontwikkeling* 2009.

⁴ Stichting van de Arbeid, Visie van sociale partners op scholing van werkenden, Den Haag 4 december 2009, in aansluiting op het rapport *Leren loont* van juni 2009.

anderzijds niet nodig zijn omdat deze *“al besloten zit in de wederzijdse verplichting van werkgever en werknemer ten aanzien van goed werkgever- en goed werknemerschap”*. Daarnaast vormt volgens de sociale partners *“een wettelijke verankering een fundamentele inbreuk op de onderhandelingsvrijheid van sociale partners en van werkgevers en werknemers op decentraal niveau”*. Dit standpunt – reeds direct in strijd met de daaraan voorafgaande bewering - lijkt mij ook overigens zeer aanvechtbaar. Ook een wettelijke verankering van het recht op en de plicht tot scholing, kan de regeling van de arbeidsvoorwaardelijke kant en ook overigens de nadere invulling overlaten aan de cao-partijen. De stichting stelt verder: *“Met een wettelijke scholingsplicht of -aanspraak wordt het onderwerp scholing uit de arbeidsvoorwaardenagenda geïsoleerd.”* Ook dit is een merkwaardig standpunt. Het recht op scholing kan als een inmiddels algemeen aanvaard recht worden beschouwd, waarvan alleen de omvang en de financiering nader moeten worden geregeld in het concrete geval. Daar is de ruimte voor de arbeidsvoorwaardenonderhandelingen. Dat doet niet er aan af dat het belangrijk is dat ook ons rechtstelsel het recht op en de plicht tot scholing als van fundamenteel belang erkent. Al vanouds is in Nederland de discussie over het onderwerp scholing eenzijdig gericht op de financiële kant. Dit blijkt ook uit het feit dat de sociale partners de hiervoor geciteerde zin onmiddellijk laten volgen door de volgende: *“Het aantal cao’s waarin afspraken worden gemaakt over een persoonlijk opleidingsbudget neemt juist steeds meer toe (...)”*. De zin suggereert dat een wettelijke regeling deze taak zou overnemen, hoewel dit in het geheel niet aan de orde is. Cao-bepalingen blijken in de praktijk juist veel te vaag zijn op het punt van afdwingbare aanspraken.⁵

Uit het bovenstaande blijkt dat enerzijds de scholing eenzijdig vanuit de arbeidsvoorwaardelijke kant wordt gezien. Daarnaast lijkt het erop dat beide partijen erg bang zijn voor verplichtingen: de werkgeverskant de verplichting om scholing te verschaffen en de werknemerskant om tot het volgen van scholing te worden verplicht. Aan de wens om zich vrijblijvend op te kunnen stellen, wordt de urgentie van een wettelijke erkenning van het belang van scholing voor werknemers gemakkelijk opgeofferd.

Maar hoe dat ook zij, nu de sociale partners te kennen geven scholing toch primair van de arbeidsvoorwaardelijke kant te willen bekijken, kan het nuttig zijn hier nader op in te gaan vanuit een arbeidsrechtelijke invalshoek. Daarom past het onderwerp in de opzet van dit Nationale Arbeidsrechtcongres over beloning in beweging.

3.3 Is scholing arbeid?

Als scholing arbeid vormt in het kader van de arbeidsovereenkomst, dan betekent dit dat de scholing zelf een onderdeel vormt van de door de werknemer te leveren arbeidsprestatie en dat tegenover die verplichting ook loon als tegenprestatie van werkgeverszijde verplicht is.

In welke gevallen zou scholing kunnen worden gezien als ‘arbeid’?

In de eerste plaats kan dit betreffen de situatie waarin een scholing noodzakelijk is om de functie te kunnen (blijven) uitoefenen. Iemand moet bijvoorbeeld bepaalde kwalificaties halen om de beoogde functie te mogen verrichten of om deze te mogen continueren. In dat geval kan de arbeidsovereenkomst meebrengen dat de werknemer de opleiding hiertoe volgt en eventueel de noodzakelijke examens aflegt en behaalt. In dat verband is het denkbaar dat een ontbindende voorwaarde het einde van de arbeidsovereenkomst meebrengt indien deze verplichtingen niet tijdig worden vervuld.

⁵ M.B. Kerkhof & S.F. Sagel, ‘Scholing en collectieve arbeidsovereenkomst’, in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 159-178, 174.

Een tweede mogelijkheid is dat ook zonder noodzakelijke verplichting de werkgever en werknemer overeenkomen dat scholing in werktijd wordt gevolgd en daarmee impliciet dat deze als onderdeel van de arbeid wordt beschouwd.

De derde optie is dat een werkgever het noodzakelijk acht dat een werknemer wordt om- of bijgeschoold en daartoe op grond van zijn instructiebevoegdheid een opdracht geeft. Indien de werknemer hiertegen bezwaar heeft, zijn de normen van goed werkgever- en goed werknemerschap bepalend voor de vraag of de werknemer deze instructie moet volgen. Een hierbij mogelijke vraag is of de werkgever ook zo'n instructie kan geven indien de scholing niet noodzakelijk is voor de huidige werkzaamheden van de werknemer, maar voor de bevordering van zijn employability voor andere functies. Een dergelijke opdracht zou zeer gunstig kunnen zijn voor de toekomstkansen voor de werknemer, maar deze kan ook vrezen te worden gestuurd in een richting die hij niet wenst. Een belangenafweging, waarbij ook de ambities en belangstelling van de werknemer meewegen, lijkt daarbij geboden.

In dit verband is ook van belang in hoeverre de werkgever de kosten van de scholing moet dragen. In geval de scholing wordt gevolgd op instructie van de werkgever ligt dit voor de hand. Scholing kan echter ook ten gunste komen van de werknemer en met name wanneer de werkgever veel moet investeren in de scholing, is het redelijker dat de werknemer een deel van de kosten terugbetaalt indien hij, gewapend met zijn nieuwe kennis en vaardigheden, op korte termijn na het genieten van de scholing de onderneming verlaat. De rechtspraak heeft erkend dat in dergelijke gevallen een studiekostenbeding mag worden overeengekomen. Mijns inziens kan dit echter niet in het geval de werkgever de werknemer opdracht geeft om de scholing te volgen, waar hij zelf geen behoefte aan heeft. Ook bij een zeer op het eigen bedrijf gerichte scholing ligt een dergelijk studiekostenbeding niet voor de hand.

Een andere vraag kan zijn, in hoeverre de werkgever scholingskosten mag terugvorderen van de werknemer ingeval de resultaten van de scholing te wensen overlaten. Het lijkt in elk geval gewenst een dergelijke mogelijkheid tevoren overeen te komen en daarbij duidelijke criteria te formuleren voor de bepaling wanneer terugbetaling moet plaatsvinden. In andere gevallen kan mijns inziens daarvan pas sprake zijn als de werknemer duidelijk tekortschiet in zijn inspanningen, bv. lessen verzaakt, huiswerk niet maakt, examens niet bijwoont etc. Het zou dan gaan om een vordering van schadevergoeding uit goed werknemerschap.

Bij dit onderwerp is het ten slotte nog van belang om te onderkennen dat er een afbakening moet plaats vinden met beroepsopleidingen welke geen deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Jeugdige leerlingen werken vaak met een gecombineerd arbeids-/leercontract, waarbij een deel van de week arbeid wordt verricht en een deel van de week opleiding wordt gevolgd. Met name wanneer de opleiding wordt gevolgd in een georganiseerd kader van bijvoorbeeld een ROC, moet worden aangenomen dat partijen dit kunnen overeenkomen. In deze gevallen wordt scholing dus duidelijk apart gezet naast het arbeidscontract, hoewel er een relatie blijft.⁶

3.4 Is scholing loon?

Scholing kan ook gezien worden als loon. Dat is het geval indien de scholing wordt gezien als een door de werkgever uit hoofde van de overeenkomst verschuldigde tegenprestatie voor de arbeid. In art. 7:617 lid 1 onder d BW wordt scholing als een geoorloofde loonvorm genoemd, zij het dat hier

⁶ Zie veel uitvoeriger M. van Es en F.H.J.G. Brekelmans, 'Juridische aspecten bij het leren en werken in het kader van een beroepsopleiding in de Wet educatie en beroepsonderwijs', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 99-128.

de wat ouderwetse term 'onderricht' wordt gebruikt. Het wordt beschouwd als een 'dienst, voorziening of werkzaamheid door of voor rekening van de werkgever'.

We zouden hierbij kunnen denken aan gevallen waarin de werkgever scholing als beloningsinstrument inzet. De werknemer krijgt bijvoorbeeld wegens zijn goede prestaties een scholing aangeboden, waardoor hij zich verder kan ontwikkelen. Of een werknemer heeft bij de aanvang van de arbeidsovereenkomst bedongen dat de werkgever hem zal scholen voor hogere functies of een studie naast zijn werk mogelijk zal maken. In dit verband kan ook het vrijstellen van de benodigde (betaalde of onbetaalde) werktijd ten behoeve van scholing al als een vorm van beloning in de vorm van scholing worden gezien. Scholing kan mijns inziens echter niet worden meegeteld als loon in de zin van het minimumloon. De wet spreekt hier immers over de 'geldelijke' inkomsten uit hoofde van de dienstbetrekking (art. 6 WMM). Dit brengt mee dat de werknemer niet minder loon in geld kan betalen onder het minimumloon, onder het mom dat de waarde van een verstrekte scholing wordt meegeteld. Wat betreft het cao-loon geldt dat de tekst van de cao uiteraard bepalend is, maar hier zal het gewoonlijk niet anders liggen.

Uiteraard zijn er meer aspecten van de beloning rond scholing. Zo speelt er de vraag of een werknemer loon krijgt indien hij een scholing volgt en of de werkgever aansprakelijk is voor schade die tijdens scholing wordt opgelopen. Deze vragen zijn dan echter weer terug te voeren op het in de vorige paragraaf opgeworpen punt of de scholing als arbeid moet worden gezien.

3.5 Is scholing een recht of een plicht?

Hierboven werd al opgemerkt dat tot op heden cao-bepalingen vaag zijn op het gebied van scholingsaanspraken van werknemers en even zo zeer over scholingsverplichtingen. De hierboven beschreven situatie dat sociale partners de eigen vrijblijvendheid voorop stellen, zal ook hier debet aan zijn. Toch kan er behoefte zijn bij de werkgever om een scholing verplicht te stellen.

De werkgever zou dit dan wellicht kunnen nastreven door een beroep te doen op de norm van goed werknemerschap. Hij zou kunnen aansluiten bij de Taxi Hofman-formule van de Hoge Raad, inhoudende dat de goede werknemer moet ingaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, tenzij dit redelijkerwijze niet van de werknemer kan worden gevergd. Mede gelet op de zware eisen die aan een beroep op deze formule zijn gesteld in het arrest Stoof/Mammoet, moet dan mijns inziens toch wel duidelijk zijn dat (op den duur) de functie niet meer kan worden uitgeoefend indien de werknemer de scholing niet volgt. Voor een bredere scholing, gericht op toekomstige *employability*, biedt deze formule mijns inziens geen voldoende basis. Om die reden zou een wettelijke scholingsplicht voor de werknemer meer basis bieden voor de werkgever om medewerking van de werknemer af te dwingen. Er zou dan een leerstuk kunnen worden ontwikkeld van de 'passende scholing', analoog aan dat van de 'passende arbeid', waarbij bepaald zou kunnen worden aan welke scholing werknemers moeten meewerken.

Kan ook de werknemer vorderen dat hem een scholing (of ruimte voor deelneming aan een externe scholing) moet worden vertrekt door de werkgever, die gericht is op zijn langere termijn *employability* en wel op grond van goed werkgeverschap? In beginsel lijkt mij die mogelijkheid zeker wel aanwezig. Zo kan een werkgever die niet bereid is zijn werknemers toekomstgerichte scholing te laten volgen heden ten dage mijns inziens niet meer als goed werkgever worden beschouwd. Uiteraard laat dit nog alle mogelijkheid open om te discussiëren in welke mate deze scholing zou moeten verstrekt en wie de kosten daarvan moet dragen. Een vordering in rechte hiertoe zal niet vaak worden ingesteld, maar het feit dat het zou kunnen versterkt de onderhandelingspositie van de werknemer wel. Dat is ook de reden waarom een expliciete wettelijke verankering van het recht op en de plicht tot scholing ertoe zou bijdragen dat over de basisnorm geen onduidelijkheid bestaat.

3.6 Bekostiging van scholing

De discussie over scholing wordt helaas te vaak beperkt tot de vraag wie de kosten moet dragen en daarmee ook doodgeslagen. In de praktijk is het vaak zo dat waar partijen gemotiveerd zijn voor scholing, er ook wel een financiering te vinden is. Toch is het onderwerp natuurlijk wel belangrijk. In het algemeen is het vaak de werkgever die de kosten van scholing draagt, evenals die van loon indien de scholing in werktijd wordt gevolgd. Om dit te verlichten en om scholing te stimuleren zijn er scholingsfondsen op basis van cao's opgericht, waarop een beroep kan worden gedaan, maar die ook weer worden gevuld met bijdragen van werkgevers. Daarnaast kan de overheid bijdragen met belastingfaciliteiten en subsidies.

Maar ook de werknemer kan zijn bijdrage leveren, door de betaling van een eigen bijdrage of door een deel van de scholing in de vrije tijd te volgen. Door dit te doen, toont de werknemer zijn gemotiveerdheid voor de scholing en psychologisch zal hij zich hierdoor vaak ook meer verantwoordelijk voelen voor een goed resultaat van de scholing.

In de praktijk zal er dikwijls sprake zijn van een combinatie van inbreng van de werkgever en van de werknemer. Hoe moet nu de verhouding tussen beider bijdragen worden bepaald? Het komt mij voor dat de bijdrage van de werkgever naar verhouding groter zal zijn, indien de scholing meer in zijn belang is en omgekeerd. Dit kan worden weergegeven in het volgende schema:

Schema verdeling kostenscholing tussen werkgever en werknemer

	Werktijd	Vrije tijd
Kosten werkgever	Functiegerichte scholing	Functieverbreiding
Kosten werknemer	Scholing gericht op vergroten employability	Scholing zonder relatie met de arbeidsmarkt

Uiteraard is dit schema erg zwart-wit en ligt de werkelijkheid genuanceerder. Maar de essentie is, dat wie meer belang heeft bij de scholing ook een grotere bijdrage zal moeten leveren in geld en/of tijd.

3.7 Ontslagbescherming en scholing

Veel discussie is de laatste jaren gevoerd over de relatie tussen het aanbieden en volgen van scholing en de ontslagbescherming.

Scholing biedt meestal geen garantie tegen ontslag op korte termijn, maar kan op langere termijn wel bijdragen aan een grotere inzetbaarheid en daarmee aan het voorkomen van ontslag. Ook bij re-integratietrajecten kan scholing een belangrijke rol spelen.

Meer concreet zou op grond van een bepaalde opleiding een werknemer als onmisbaar naar voren kunnen worden geschoven en om die reden worden afgeweken van de afspiegelingsregel en het anciënniteitsbeginsel bij het bepalen van de volgorde van ontslag.

In geval van een disfunctionerende werknemer, kunnen in het kader van een verbeteringsplan scholingsmaatregelen worden opgenomen. Het meewerken daaraan zal dan de kans op het voorkomen van ontslag vergroten en omgekeerd.

De laatste jaren zijn pogingen gedaan om de relatie tussen scholing en ontslagvergoeding te concretiseren. Minister Donner wilde in zijn plan voor hervorming van het ontslagrecht een aftrek van de ontslagvergoeding invoeren voor de werknemer die was geschoold. Ook de WRR ha plannen in die richting. Het plan van de Commissie Bakker hield in dat door een 'transferperiode' minder ontslagvergoedingen nodig zouden zijn. Ook binnen de Kantonrechtersformule zou mijns inziens met de scholingsactiviteiten rekening kunnen worden gehouden. De hoogte van de ontslagvergoeding zou dan in dit opzicht variabel worden afhankelijk van het scholingsbeleid van de werkgever en de inspanningen van de werknemer. Dat zou leiden tot het volgende schema:

Schema invloed scholing op hoogte ontslagvergoeding

	Medewerking en initiatief werknemer	Passieve werknemer
Scholingsaanbod werkgever	Neutraal	Vergoeding omlaag
Geen scholingsaanbod werkgever	Vergoeding omhoog	Neutraal

Overigens kan ook de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag sterk door scholing worden beïnvloed. Wanneer men immers tracht de schade van het ontslag zo concreet mogelijk te berekenen, zal men toch ook de kansen op het vinden van nieuw werk moeten beoordelen. Daarbij speelt de mate van scholing mee. Bovendien kan men ook bij de vergoeding verdisconteren dat scholing alsnog zal moeten worden gevolgd of dat een outplacementbureau zal moeten worden ingeschakeld omdat door gebrek aan scholing het vinden van werk extra moeilijk is.⁷ Anderzijds kan een gebrek aan bereidheid om in het verleden scholing te volgen, de verwijtbaarheid aan het ontslag aan de kant van de werknemer vergroten.

⁷ Zier bv. Hof Leeuwarden 2 november 2010, *RAR* 2011, 16, waarin wordt geoordeeld dat werkgeefster een voorziening had moeten treffen voor scholing of begeleiding naar ander werk en hiervoor een bedrag wordt opgenomen in de schadevergoeding.

3.8 Conclusie

De conclusie van deze lezing is dat scholing zich mede dankzij de inspanningen van de sociale partners ontwikkelt tot een volwaardige arbeidsvoorwaarde. Scholing ontwikkelt zich in de praktijk ook tot een recht én een plicht. Veel factoren dragen daartoe bij, waaronder het verdisconteren van scholingsinspanningen bij het ontslagrecht.

In de praktijk moet nog veel worden opgehelderd over de kostenverdeling en de voorwaarden voor scholing.

Ook de juiste wijze om scholing te verdisconteren in de ontslagvergoeding lijkt nog niet gevonden. Maar dat scholing steeds meer een bepalende factor aan het worden is bij het vinden van ander werk en daardoor in de arbeidsverhouding, lijkt mij onmiskenbaar. Het gehele arbeidsrecht zal hierdoor in de komende jaren ingrijpende wijzigingen kunnen ondergaan.

4 Beloning en medezeggenschap

R.H. van het Kaar¹

4.1 Inleiding

Deze bijdrage over beloning en medezeggenschap is een drieluik. Ik begin met de topbeloningen, in het bijzonder het recent ingevoerde spreekrecht van de OR. In het tweede deel begeef ik mij in het mijnenveld van het instemmingsrecht van de OR ten aanzien van beloningsregelingen. In het derde deel onderzoek ik het grensgebied van recht en arbeidsverhoudingen. De wet en de rechtspraak mogen dan in grote lijnen wel duidelijk zijn, dat wil niet zeggen dat de feitelijke gang van zaken in bedrijven dat ook is. Daarbij put ik, in de traditie van de naamgever van mijn instituut Hugo Sinzheimer, niet alleen uit juridische, maar ook uit sociaal-wetenschappelijke bronnen. De centrale vraag is in hoeverre werknemersvertegenwoordigers anno 2010 nog greep hebben op het loongebouw.

4.2 Ondernemingsraad en topbeloningen

4.2.1 De Wet Harrewijn

Het is inmiddels al weer ruim vier jaar geleden dat de wet Harrewijn in werking trad.² De ondernemingsraad van grotere ondernemingen kreeg op grond van het nieuwe artikel 31d WOR recht op jaarlijkse informatie over de beloningsverhoudingen van de verschillende in de onderneming werkzame groepen werknemers. Het was uitdrukkelijk de bedoeling van de wegever dat de top van de onderneming ook tot die groepen behoort. Zo moet de OR (ook) schriftelijk worden geïnformeerd over afspraken en regelingen met het bestuur dat de rechtspersoon vertegenwoordigt, en de totale vergoedingen die worden verstrekt aan het toezichthoudend orgaan.

Bij de totstandkoming van de wet heeft het College Bescherming Persoonsgegevens geadviseerd een vorm van clustering toe te passen. Als een groep uit minder dan vijf personen bestaat, mogen met het oog op de privacybescherming verschillende groepen worden samengevoegd. In veel gevallen zal dat de inzichtelijkheid van de beloningen aan de top niet vergroten. Zo bestaan veel toezichthoudende organen uit drie leden.

Geluiden uit het veld wijzen erop dat de impact van de wet betrekkelijk gering is. Het is ook de vraag wat de toegevoegde waarde is van de wet, in ieder geval ten aanzien van de matiging van topinkomens.³ Boek 2 BW bevat al uitgebreide voorschriften rond de beloning van de top (zie art. 2:383 BW en voor open NVs 2:383c t/m e). Voor ondernemingen uit de (semi)publieke sector is er de Wet publieke topinkomens.⁴

¹ Dr. R.H. van het Kaar, senior onderzoeker Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam.

² Wet van 14 juni 2006, Stb. 2006, 286.

³ Vergelijk ook K. Huibregtse, Heeft de Wet Harrewijn wel invloed op de topinkomens?, *V&O* 2007-7/8, p. 143-145 en M.C.T. Burgers, Wet Harrewijn; (hoe) werkt het in de praktijk?, *ArbeidsRecht* 2008, 20.

⁴ Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens van 9 februari 2006, *Stb.* 2006, 95.

Ook jurisprudentie is schaars. Inmiddels is er één rechtszaak geweest waarin art. 31d WOR mede in het geding was.⁵ Het geschil speelde, o ironie, bij vakbond De Unie. In 2008 had de OR het vertrouwen opgezegd in het managementteam, wat vervolgens wordt opgeheven. De OR claimt onder meer informatie over de afvloeiingsregelingen die zijn getroffen. De kantonrechter wijst de verzoeken van de OR af. Naast het privacy-aspect benadrukt de kantonrechter dat het doel van de bepaling is de bespreking van de algemene gang van zaken in de onderneming en dat alleen zodanige informatie hoeft te worden verschaft dat de invloed van gemaakte afspraken op de financiële positie van de ondernemer duidelijk wordt. Met Sprengers ben ik van mening dat deze uitleg van de wet te beperkt is. Artikel 31d is op dit punt duidelijk: de informatie moet worden verstrekt *mede* ter bespreking van de algemene gang van zaken. En uit de wetsgeschiedenis blijkt zonneklaar dat het niet alleen of zelfs vooral gaat om de financiële positie van de onderneming, maar ook (en misschien wel vooral) over transparantie, sociale verhoudingen en de aanvaardbaarheid van afspraken en regelingen.⁶

4.2.2 Spreekrecht ondernemingsraden

Met ingang van 1 juli 2010 heeft de ondernemingsrecht met betrekking tot drie categorieën onderwerpen spreekrecht gekregen in de algemene vergadering van aandeelhouders van naamloze vennootschappen. Een van die drie categorieën onderwerpen is het beloningsbeleid van de NV, de andere twee zijn ingrijpende besluiten die de identiteit van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming wezenlijk raken, en de benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen.⁷ Ik beperk mij in deze bijdrage tot het beloningsbeleid.

NVs dienen een beloningsbeleid te hebben, dat wordt vastgesteld door de ava (art. 2:135 lid 1). Bij een voorgenomen wijziging (en uiteraard ook bij invoering, als dat aan de orde is) moet de ondernemingsraad tijdig in de gelegenheid worden gesteld zijn standpunt over dit beleid te bepalen. Tijdig houdt in dit verband in een zodanige tijd voor de algemene vergadering dat de aandeelhouders kennis kunnen nemen van het OR-standpunt. De nieuwe bevoegdheid behelst dus in de eerste plaats een ‘standpuntbepalingsrecht’. Het eigenlijke spreekrecht komt pas daarna: tijdens de algemene vergadering mag de ondernemingsraad (bij monde van zijn voorzitter of een plaatsvervanger) zijn standpunt toelichten.

Het rechtskarakter van deze nieuwe bevoegdheid is van een andere orde dan het adviesrecht ex art. 25, of zelfs art. 30 WOR. Het spreekrecht kan het best worden vergeleken met het in 2004 ingevoerde hoorrecht in structuurvennootschappen: de OR moet worden gehoord indien de ava gebruikt maakt van zijn bevoegdheid de voltallige raad van commissarissen heen te zenden (zie art. 2:161a lid 2 BW). In zeker opzicht is het nieuwe spreekrecht misschien nog wel iets zwakker dan dit hoorrecht, nu met zoveel woorden in de slotzin van art. 2:135 lid 2 BW is bepaald dat het ontbreken van een standpunt van de OR (bijvoorbeeld omdat de OR gepasseerd is) geen consequenties heeft.

Is hier sprake van symboolwetgeving? Dat is bepaald niet denkbeeldig. De wetgever hoopt dat het spreekrecht ertoe bijdraagt al te buitensporige beloningsontwikkelingen in NVs te beteugelen. Het is mijns inziens zeer de vraag in hoeverre het spreekrecht daartoe zal bijdragen. Wel kan worden opgemerkt dat Nederland nu eens niet het enige of zelfs eerste) land is dat met zoiets komt. Ik heb mij vorige zomer laten uitleggen dat Bulgarije ons voor is geweest. Daar bestaat in alle

⁵ Ktr. Tiel 15 juli 2009, *LJN* BJ4325; *JAR* 2009/212.

⁶ L.C.J. Sprengers, geen instemmingsrecht en informatierecht over afvloeiingsregeling managementteam, *TRA* 2009-11, 90, p. 22-24.

⁷ Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010,250.

vennootschappen met 50 of meer werknemers een vergelijkbaar recht voor de werknemersvertegenwoordigers.

4.2.3 Zwaarder geschat

Ik gebruikte in verband met het spreekrecht van de ondernemingsraad hierboven de term symboolwetgeving. Zijn er andere -minder tandeloze- manieren voor werknemersvertegenwoordigers om invloed uit te oefenen op topbeloningen? Ja die zijn er.⁸ Ik pik er twee uit, te weten het enquêterecht en –in ons o zo arbeidsrustige Nederland- het stakingsrecht. Om met dat laatste te beginnen: in het voorjaar van 2004 dreigden de bonden met acties tegen de toekenning van een fusiebonus aan de directie van KLM. Dan het enquêterecht. Exorbitante beloningsvormen voor de top kunnen mede een grond zijn om te twijfelen aan een juist beleid en in het verlengde daarvan grond voor de vaststelling dat er sprake is geweest van wanbeleid. Ik verwijs in de eerste plaats naar de in mei 2010 gewezen beschikking inzake PCM.⁹ Eerder speelde dit onderwerp in procedures bij Rodamco¹⁰, Getronics¹¹ en Ahold¹².

4.3 Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad

Op grond van art. 27 lid 1 onder c WOR heeft de OR een instemmingsrecht ten aanzien van belonings- en functiewaarderingssystemen. Op grond van het derde lid van art. 27 vervalt dit instemmingsrecht als het betreffende onderwerp inhoudelijk is geregeld in de CAO.

Uit wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur¹³ kan worden afgeleid dat de reikwijdte van het instemmingsrecht ten aanzien van beloning beperkt is. Slechts over het antwoord op de vraag ‘hoe beperkt’ verschillen de meningen enigermate. De kern van het probleem mag ik in grote lijnen bekend veronderstellen. De ondernemingsraad heeft geen instemmingsrecht over primaire arbeidsvoorwaarden. Hoewel een sluitende definitie van het begrip ‘primaire arbeidsvoorwaarden’

⁸ Zie voor een overzicht R. van der Stege, Beloning bestuurders, in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, p. 277-288.

⁹ OK 27 mei 2010, *JAR* 2010/181 (PCM).

¹⁰ OK 22 maart 2002, *JOR* 2002/82; HR 18 april 2003, *JOR* 2003/110.

¹¹ OK 2 september 2004, *JOR* 2004/271 m.nt. Brink.

¹² OK 5 januari 2005, *JOR* 2005/6 m.nt. Josephus Jitta. Zie over deze drie zaken J.M. van Slooten, Loonmatiging aan de top: mogelijkheden en beperkingen, in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, p. 271-273.

¹³ Een (niet volledige) greep uit de literatuur: M. Holtzer, Kroniek medezeggenschap 2002: nieuwe ontwikkelingen op onverwachte terreinen, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, p. 35-45; D.J. Willemars, Aandelenoptieregelingen als beloningssysteem in de zin van art. 27 WOR?, *ArbeidsRecht* 2002, 57; E. De Wind, Beloningssysteem revisited, *ArbeidsRecht* 2004, 26; P.G. Vestering en W.A. Zondag, Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van beloningsregelingen, *TAP* 2008, p. 14-23; L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 235-245; J. Van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Uitgeverij Paris, p. 218-219; L.G. Verburg, Het beloningssysteem: op de helling of platvoers?, *ArbeidsRecht* 2009, 37; E.L.J. Bruyninckx, Beloningsregeling of beloningssysteem: een fijnmazig verschil?, *ArbeidsRecht* 2009, 48; E.J. Henrichs en J.W. van Geen, Kroniek medezeggenschapsrecht 2010, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, p. 44-46.

ontbreekt, is de communis opinio dat de arbeidsduur (aantal uren, dagen) en de hoogte van de beloning behoren tot de primaire arbeidsvoorwaarden.

Nu in bijna alle gevallen een wijziging in de *systematiek* van de beloning ook gevolgen heeft voor de *hoogte* van de beloning rijst de vraag wanneer het instemmingsrecht (nog) van toepassing is. Voor de beantwoording van die vraag sluit ik mij aan bij de indeling die Vestering en Zondag¹⁴ in het Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk hebben gemaakt. Zij onderscheiden drie visies. In de eerste visie is de reikwijdte van het instemmingsrecht ruim: er is sprake van een beloningssysteem in de zin van art. 27 lid 1 onder c WOR zowel wanneer dat besluit criteria voor beloning per functie of groep bevat, als wanneer het besluit leidt tot een wijziging in de onderlinge beloningsverhoudingen. Het doet er dan niet toe dat die wijziging consequenties heeft voor de hoogte van de beloning. In de tweede, restrictieve, visie zijn alleen besluiten die zijn gericht op de indeling in beloningsgroepen instemmingsplichtig. Niet instemmingsplichtig zijn besluiten die gericht zijn op het belonen van prestaties. Deze visie wordt voorgestaan door onder meer de volgende spreker, Verburg. Het zal niet verbazen dat de derde visie tussen deze twee uiterstan in ligt. In die visie zijn besluiten rond beloning instemmingsplichtig indien zij *overwegend* een methodiek voor het bepalen van de beloning van groepen werknemers inhouden. Vestering en Zondag lichten een en ander toe aan de hand van voorbeelden. Zo zijn in hun ogen instemmingsplichtig:

- afschaffing van salarisschalen en invoering van prestatieloon;
- invoering van optie of bonusregeling waarin alle of specifieke groepen werknemers in aanmerking komen voor opties of bonussen, afhankelijk van criteria en/of oelstellingen;
- wijziging van een winstdelingsregeling in die zin dat deze afhankelijk wordt gemaakt van bepaalde *targets*.

Niet instemmingsplichtig zijn onder meer besluiten tot toekenning van een bepaalde bonus (van bijvoorbeeld €1000) voor een deel van de werknemers, of het in een bepaald jaar niet toekennen van prijscompensatie, nu dat geen systeembesluiten zijn.

Ik kan mij wel vinden in deze visie.

De verschillende visies weerspiegelen zich in de –af en toe sterk wisselende– oordelen van de rechter. Daarbij moet worden vooropgesteld dat de Hoge Raad lijkt te neigen naar de restrictieve visie, zij het dat de betreffende arresten geen betrekking hadden op beloningssystemen, maar op andere onderdelen van art. 27 lid 1 WOR.¹⁵

In 2006 oordeelde Hof Den Bosch dat de wijze waarop het beoordelingssysteem voor het bepalen van een bonus wordt ingericht instemmingsplichtig is.¹⁶ Meer recente jurisprudentie tendeert naar de restrictieve visie. Ik wijs op de in 2009 gewezen uitspraak van Hof Den Haag inzake KPN (opwaartse bijstelling van bonustargets is niet instemmingsplichtig).¹⁷ In 2010 oordeelde Hof 's-

¹⁴ Zie de vorige noot.

¹⁵ HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 274 (Belastingdienst Zaandam, pretverlof); HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 93 (ABNAMRO, arbeidsduurverkorting); HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 141, *JAR* 2003/18 (Holland Casino, gevolgen *pilot* voor de arbeidsomstandigheden).

¹⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 mei 2006, *JAR* 2007/33.

¹⁷ Gerechtshof 's-Gravenhage 30 juni 2009, *JAR* 2009/199.

Gravenhage dat de COR van Unilever geen instemmingsrecht had over vier onderscheiden regelingen, waaronder de bevrozing van managersalarissen en wijziging van de variabele beloning.¹⁸

De lagere rechtspraak is –voorzichtig gezegd– minder eenduidig. Vestering en Zondag geven verschillende voorbeelden van uitspraken waarin het instemmingsrecht wel erg ruim werd uitgelegd. Recente uitspraken tenderen echter meer naar de restrictieve visie met, het zij toegegeven, een enkele uitzondering.

Op basis van de rechtspraak stel ik vast dat de invloed van ondernemingsraden op beloningen beperkt is. Voordat ik nader in ga op de vraag of dat al dan niet wenselijk is, wil ik eerst met u kijken naar wat er zoal in de praktijk gebeurt. Rode draad is de vraag in hoeverre het beloningsgebouw (nog) wordt bestreken door collectieve regelingen of afspraken met werknemersvertegenwoordigers.

4.4 Medezeggenschap en beloningen in de praktijk

4.4.1 Het arbeidsvoorwaardenlandschap

CAO's zijn in de Nederlandse arbeidsverhoudingen nog altijd het belangrijkste instrument om de beloning van werknemers te regelen. Dominant voor wat aantallen werknemers betreft zijn de (meestal algemene verbindend verklaarde) bedrijfstak-CAO's. Ondernemings-CAO's vinden we vooral bij de grote tot zeer grote ondernemingen. Het CAO-landschap is betrekkelijk stabiel, al treden soms verschuivingen op. Een voorbeeld daarvan is de bankensector. Tot eind jaren tachtig, begin jaren negentig van de vorige eeuw bestond er voor (vrijwel) alle banken één sector-CAO. Die CAO bestaat nog steeds (en is op 18 augustus 2010 weer algemeen verbindend verklaard), maar bestrijkt alleen nog maar de kleinere banken. Zowel ING, als ABNAMRO/Fortis en Rabo hebben een eigen CAO, evenals overigens SNS en sinds kort RBS.

CAO-loze bedrijven zijn er relatief veel in de chemie (bijvoorbeeld Esso), in de ICT (hoewel in die sector opmerkelijk veel bedrijven wel een CAO hebben afgesloten) en in de arbodienstverlening. Ook ECN en TNO zijn voorberelden van bedrijven waar de directie 'het doet' met de ondernemingsraad. Een aantal opmerkingen over dit type bedrijven. Het is waar dat sommige daarvan, in het bijzonder met hun thuisbasis in de VS of Japan, weigeren om vakbonden ook maar één voet binnen het bedrijf te laten zetten.¹⁹ Soms zijn het zowel de werkgever als (een groot deel van) de werknemers die er de voorkeur aan geven de arbeidsvoorwaardenonderhandelingen met de ondernemingsraad te voeren. En soms wil de werkgever graag de CAO toepassen, maar de werknemers niet. Dat laatste heb ik recent van nabij meegemaakt: na een fusie wil de werkgever graag de bedrijfstak-CAO laten gelden voor alle werknemers van de gefuseerde onderneming. De nu nog CAO-loze werknemers voelen daar helemaal niets voor: het niveau van de CAO is aanzienlijk lager dan de huidige met de ondernemingsraad overeengekomen arbeidsvoorwaardenregelingen.

In veel van de bovengenoemde ondernemingen onderhandelt de werkgever met de ondernemingsraad. Uiteraard moet dan nog worden geregeld hoe die afspraken neerslaan in de individuele arbeidsverhouding, bijvoorbeeld door middel van een incorporatiebeding.²⁰

¹⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage 23 maart 2010, *JAR* 2010/121.

¹⁹ Ik ben overigens benieuwd hoe bedrijven met hun thuisbasis in bijvoorbeeld China hiermee omgaan.

²⁰ Zie over dit onderwerp onder meer E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, in het bijzonder hoofdstuk 4.

Een lichtere variant van betrokkenheid van de OR in de arbeidsvoorwaardenvorming vloeit voort uit het decentralisatieproces dat zich in CAO-land voordoet. Ik doel op het nog steeds toenemende aantal delegatiebepalingen in CAOs, waarbij de ondernemingsraad het recht en/of de opdracht krijgt om nader invulling te geven aan wat er in de CAO nog is opengelaten. In hoeverre zien dergelijke bepalingen op het onderwerp beloning?

4.4.2 CAO-onderzoek: rol OR met betrekking tot beloning via delegatie

Ik heb de belangrijkste grote (algemeen verbindend verklaarde) bedrijfstak-CAOs, plus een aantal ondernemingsCAOs die de afgelopen twee jaar zijn afgesloten eens nader bekeken ten aanzien van de rol van de OR met betrekking tot beloningen. De oogst is bijzonder mager. Enkele voorbeelden ter toelichting.

Een recent voorbeeld van een CAO waarin de OR een belangrijke rol heeft gekregen is de CAO Verpleeg- en Verzorgingstehuizen en Thuiszorg, waaronder maar liefst 400.000 werknemers vallen. Die rol heeft echter vooral betrekking op HRM-beleid, en juist niet op primaire arbeidsvoorwaarden. Zowel de werkgeversorganisatie als de bonden vinden concurrentie op onderwerpen als loon niet gewenst.²¹

In verreweg de meeste CAO's is er in het geheel geen rol weggelegd voor de OR met betrekking tot het onderwerp beloning. In een kleine minderheid heeft de OR wel een rol toebedeeld gekregen, maar de onderstaande voorbeelden zullen duidelijk maken dat die rol zeer beperkt is:

NAM: bij wijziging van het bonus-systeem moet gelijktijdig worden overlegd met de ondernemingsraad en de vakverenigingen (om te vermijden dat er meer dan een rekenmodel ontstaat).

Linde Gas Benelux BV: wijziging van de winstuitkeringsregeling is slechts mogelijk in overleg met de vakverenigingen en met instemming van de ondernemingsraad.

Vaste medewerkers van uitzendondernemingen: "De toekenning van de resultaatafhankelijke uitkering kan in overleg met de Ondernemingsraad of Personeelsvertegenwoordiging worden gebaseerd op bedrijfseigen specifieke criteria (...). Indien geen overeenstemming wordt bereikt over de criteria, dan geldt een vast percentage."

Pluimveeverwerkende industrie: De prestatiepremie (van maximaal 8% van het weekloon) wordt toegekend op basis van criteria, welke na overeenstemming met de ondernemingsraad c.q. personeelsvertegenwoordiging zijn vastgesteld.

Zoetwarenindustrie: er is een nieuw beloningssysteem ontwikkeld. Dit systeem is bedoeld voor bedrijven die nog geen door de ondernemingsraad goedgekeurd beoordelingssysteem hebben. Bedrijven die al een beoordelingssysteem hebben mogen dit handhaven als het voldoet aan de minimumvoorwaarden van het branchemodel en opnieuw is goedgekeurd door de OR of pvt.

Tentoonstellingsbedrijven, art. 6 lid 3: De CAO kent salarisschalen, die bestaan uit minimum- en maximumschalen. De werkgever bepaalt, in overleg met de Ondernemingsraad of

²¹ Zie over de totstandkoming, de inhoud en de rol van de verschillende betrokkenen (werkgevers, werkgeversvereniging, vakbonden en ondernemingsraden) J. de Roos, Grote rol or bij arbeidsvoorwaarden in de zorgsector, in: Marc van der Meer en E. Smit (red.), *Medezeggenschap en organisatieontwikkeling. Vier scenario's in de praktijk*, Assen: Van Gorcum 2010, p 144-151.

personeelsvertegenwoordiging, op welke wijze de salarissen tussen minimum- en maximumschaal bepaald worden. Indien geen overeenstemming bereikt kan worden (...) zal het loongebouw uit de CAO van toepassing zijn.

Metalektro, art. 9.4: Tot wijziging van een in de onderneming geldende gereglementeerde winstdelingsregeling zal de werkgever slechts overgaan na overleg met de vakverenigingen en met instemming van de ondernemingsraad (lid 1). Eveneens zal de werkgever voorafgaand overleg plegen met de vakverenigingen bij invoering van een winstdelingsregeling die elementen van prestatiebeloning bevat. (lid 2).

Art. 1.3: De werkgever zal in zijn onderneming geldende arbeidsvoorwaarden, die voor alle of een of meer groepen van werknemers in gunstige zin van bepalingen van deze overeenkomst afwijken, niet in ongunstige zin wijzigen dan na voorafgaand overleg met de ondernemingsraad en de vakverenigingen.

DSM, art. 28: Voor groepen werknemers geplaatst in een dienst waarvan het dienstrooster afwijkt van de algemeen geldende roosters, wordt door de werkgever na overleg met de Ondernemingsraad met behulp van de overeengekomen berekeningsmethode voor roostertoeslagen een passende toeslag vastgesteld.

De voorlopige conclusie is dat regeling van de beloning van werknemers in de overgrote meerderheid van de ondernemingen stevig in handen is van de vakbonden. Bepalingen in CAO's over medezeggenschap van de OR met betrekking tot beloning zijn uitzondering, geen regel. Waar delegatie aan de OR heeft plaatsgevonden is overigens niet altijd duidelijk wat de precieze betekenis van de gehanteerde formulering: wat betekent 'in overleg met'? Is dat een min of meer vrijblijvende vorm van consultatie? Wat moeten we verstaan onder 'in overeenstemming met'? Is dat een instemmingsrecht in de zin van de WOR?

4.4.3 Variabele beloning in CAO's

Uit de constatering dat delegatiebepalingen niet of nauwelijks betrekking hebben op het onderwerp beloning mag niet worden geconcludeerd dat zo goed als het hele loongebouw *dus* bij de vakbonden berust. Ten aanzien van de vaste beloning is dat overwegend wel het geval. De vraag is echter hoe volledig, hoe 'dekkend' de CAO's zijn met betrekking tot andere vormen van beloning.

Het belang van variabele beloning neemt toe. In hoeverre worden dergelijke nieuwe vormen van beloning bestreken door de CAO? Dat is een belangrijke vraag, nu we hebben gezien dat ondernemingsraden slechts bij hoge uitzondering met succes een beroep kunnen doen op het instemmingsrecht.

De Arbeidsinspectie onderzoekt ieder half jaar de inhoud van alle belangrijke CAO's in Nederland. Daarbij worden tal van onderwerpen meegenomen, waaronder ook flexibele beloning. Het meest recente onderzoek waarin dat is gebeurd dateert van december 2010.²²

In het onderzoek zijn twee hoofdvormen van flexibele beloning onderscheiden: eenmalige en structurele uitkeringen en resultaatafhankelijke uitkeringen. In 91 cao's (van toepassing op 80% van de werknemers) komen afspraken over flexibele beloning voor. De afspraken betreffen vooral eenmalige en structurele uitkeringen: deze komen in 76 van de 91 cao's voor. Afspraken over resultaatafhankelijke uitkeringen komen in 46 van de 91 cao's voor (in 31 cao's komen afspraken

²² Arbeidsinspectie, *Najaarsrapportage Cao-afspraken 2010*, p. 9-18.

over beide hoofdvormen voor). Onderscheiden naar de zes afzonderlijke vormen van flexibele beloning blijken afspraken over jaarlijkse gratificaties het meest in cao's voor te komen: dat is in 57 cao's het geval. Afspraken over de vijf andere vormen van flexibele beloning komen in mindere mate voor. In ondernemingscao's komen afspraken over flexibele beloning vaker voor dan in bedrijfstakcao's: 94% van de ondernemingscao's kent één of meer afspraken over flexibele beloning tegen 73% van de bedrijfstakcao's. Het is lastig om uit deze cijfers duidelijke conclusies te trekken, omdat niet duidelijk is welke ondernemingen een vorm van variabele beloning kennen die niet door een CAO worden bestreken.

De voorlopige tussenconclusie is dat een deel van het loongebouw, in het bijzonder de variabele beloning, niet wordt gedekt door collectieve afspraken.

4.4.4 Sociaal wetenschappelijk onderzoek

Hans van den Hurk verrichtte interessant kwalitatief onderzoek naar de rol van ondernemingsraden in het proces van arbeidsvoorwaardenvorming in organisaties die niet bestreken worden door een CAO.²³ Hij onderscheidt vier ideaaltypische situaties. De eerste variant is dat de OR als vanzelfsprekend meepraat over alle arbeidsvoorwaardelijke onderwerpen, inclusief beloningen. De tweede is dat een uitzondering wordt gemaakt voor de primaire lonen. Inkomensverbeteringen zijn dan in de regel ergens aan gekoppeld. Dat kan een CAO zijn, of een groep CAO's (zogenoemde CAO-volgers), maar ook de contractloonmutatie of de consumentenprijsindex. De derde is dat de onderneming een CAO met wederzijds goedvinden *gedeeltelijk* volgt. De vierde variant is van een andere orde: de ondernemer gaat zijn eigen gang en overlegt alleen met de OR als de wet hem daartoe verplicht en/of wanneer hij dat om wat voor reden dan ook opportuun vindt.

Uit eerder onderzoek van zijn hand (in een populatie met zowel CAO- als CAO-loze ondernemingen) blijkt dat de CAO voor veel ondernemingsraden niet leidend is bij de vormgeving van de arbeidsvoorwaarden, ook niet als die CAO een expliciete regelopdracht bevat. Pas als zich in de praktijk een probleem voordoet, wordt de CAO erop nageslagen. In het kader van deze bijdrage is een interessante bevinding dat over tal van regelingen aan de OR instemming wordt gevraagd, hoewel het onderwerp niet valt onder de opsomming van art. 27 lid 1 WOR. Voorbeelden van regelingen met een beloningselement zijn collectieve ziektekostenverzekeringen, de WIA-verzekering, de levensloopregeling, diverse onkostenvergoedingen, kinderopvangregelingen en verlofregelingen. Ten slotte blijkt ook uit het onderzoek dat ondernemingsraden geen groot punt maken van controle door de achterban. Enquêtes zijn uitzondering, kantinebijeenkomsten nog meer.

Uit dit onderzoek blijkt ook dat ondernemingsraden lang niet altijd gebruik maken van de in de WOR geregelde systematiek en bevoegdheden. Van den Hurk onderscheidt in dit verband de (klassieke) instemmingsprocedure, de zogenoemde WOR-plus procedure (met als voornaamste kenmerk dat de brug tussen overleg en onderhandelen wordt overgestoken), en het 'echte' onderhandelen. De instemmingsprocedure komt vooral voor bij ondernemingsraden die slechts met een beperkt aantal arbeidsvoorwaarden van doen hebben. De WOR-plus variant komt vooral voor bij ondernemingsraden die onder een bedrijfstak-CAO vallen die redelijk veel speelruimte biedt, zoals de Grafimedia, en bij ondernemingsraden in CAO-loze ondernemingen. De onderhandelingsprocedure komt alleen voor bij organisaties uit de laatstgenoemde categorie. De positie (rol) van de OR varieert dus van bewaker van de arbeidsvoorwaarden (WOR-variant) tot overlegpartner of onderhandelaar (WOR-plus en onderhandelingen).

²³ Hans van den Hurk, De or als 'bedrijfsbond', in: Marc van der Meer en E. Smit (red.), *Medezeggenschap en organisatieontwikkeling. Vier scenario's in de praktijk*, Assen: Van Gorcum, p. 162-173.

4.5 Invloed van werknemers op beloningen: conclusie

Tot zover de (niet-juridische) praktijk. Aan het slot stijgen we weer op naar juridische sferen. Ik keer terug naar de in de inleiding gestelde vraag in hoeverre werknemersvertegenwoordigers (nog) invloed hebben op beloning.

De klassieke vormen van beloning zijn stevig in handen van de vakbonden (uiteraard met uitzondering van CAO-loze bedrijven). Het CAO-onderzoek wijst uit dat de rol van de OR ten aanzien van beloning beperkt tot nihil is. Sociaal wetenschappelijk onderzoek relateert dit gegeven overigens enigszins.

Het beeld verandert als we kijken naar de verschillende vormen van variabele beloning. Deze worden slechts deels bestreken door CAO's. Met betrekking tot ondernemingsraden moeten we onderscheid maken tussen CAO- en CAO-loze ondernemingen. In de eerste groep is de rol van de OR opnieuw zeer beperkt. In de tweede groep heeft de OR soms wel degelijk invloed, soms zelfs via het instemmingsrecht.

Daarmee is de praktijk in zekere zin ruimhartiger dan het recht, nu in de jurisprudentie de restrictieve uitleg van het instemmingsrecht van art. 27 lid 1 onder c WOR het pleit gewonnen lijkt te hebben.

Mijn slotconclusie is dat zowel in de praktijk als in het recht de invloed van werknemersvertegenwoordigers de afgelopen periode (enigermate) is afgenomen. De toch al beperkte rol van de medezeggenschap op beloningen in materiële zin is vooral in juridisch opzicht nog verder beperkt. Die constatering verandert niet door de introductie van informatierechten: de wet Harrewijn en het spreekrecht voor ondernemingsraden van NV's zijn bevoegdheden van een andere orde.

5 Variabele beloning

L.G. Verburg¹

5.1 Wat is variabele beloning?

1. Variabele beloning definieert men als loon dat niet vast ligt. Wat ligt dan vast? Van Slooten en Van Marwijk Kooy delen in een bijdrage aan de laatste Corporate Litigation bundel de bezoldiging in vier parten op: vast, STI (kortetermijnbeloning, vrijwel altijd cash op jaarbasis)), LTI (langetermijnbeloning, vrijwel altijd aandelengerelateerd en met een looptijd van drie jaar of meer²) en pensioen.³ In mijn benadering zijn de STI en LTI twee verschijningsvormen van de variabele beloning. Ik kom dus, los van het areaal secundaire voorwaarden, net als Julius Ceasar ten aanzien van Gallië, tot drie parten: **vast** (het Totaal Vast Inkomen (TVI), veelal op jaarbasis het basis maandsalaris vermenigvuldigd met 13,96, of 12,96 als er geen dertiende maand is), **variabel** (STI en LTI) en **pensioen** (de werkgeversbijdrage aan de oudedagsvoorziening).
2. Dit najaar is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend omtrent (onder meer) de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering (*claw back*) van bonussen en winstdelingen van bestuurders van naamloze vennootschappen en bestuurders en dagelijks beleidsbepalers werkzaam in de financiële sector.⁴ Het wetsvoorstel geeft een definitie van de bonus: het variabele deel van de bezoldiging waarvan de toekenning geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van het bereiken van bepaalde doelen of van het zich voordoen van bepaalde omstandigheden. Dit komt te staan in het nieuwe lid 6 van art. 2:135 BW. Het Ministerie van Justitie publiceerde eerder een voorontwerp dat alleen betrekking had op de bestuurders van de NV (het BW-voorontwerp). Het Ministerie van Financiën kwam tegelijkertijd met een apart conceptwetsvoorstel dat zich richtte op de bestuurders en dagelijks beleidsbepalers binnen de financiële sector (het Wft-conceptwetsvoorstel). Deze voorontwerpen hanteerden ieder een eigen definitie van de bonus. Bij het BW-voorontwerp ging het om het variabele deel van de bezoldiging waarvan de toekenning geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van het bereiken van bepaalde doelen. In de financiële sector ging het om alle variabele beloningscomponenten.
3. Op advies van de Raad van State zijn beide voorontwerpen samengevoegd tot één wetsvoorstel. Daarbij is gekozen voor een nieuwe definitie van de bonus: die uit het BW-voorontwerp met de

¹ Prof. Mr. L.G. Verburg, hoogleraar arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Allen & Overy Amsterdam.

² De Code Frijns in *best practice* bepaling II.2.5: “Aandelen die zonder financiële tegenprestaties aan bestuurders worden toegekend, worden aangehouden voor telkens een periode van ten minste vijf jaar of tot ten minste het einde van het dienstverband indien deze periode korter is. Het aantal toe te kennen aandelen wordt afhankelijk gesteld van de realisatie van vooraf aangegeven en uitdagende doelen.”

³ J.M. van Slooten en A.G. van Marwijk Kooy, Code en bestuurder: handen en voeten, in: Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 104, Deventer: Kluwer 2010, p. 221-237, op p. 233.

⁴ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 512.

toevoeging: “of van het zich voordoen van bepaalde omstandigheden”. Dat is dus minder dan alles (want anders was de tekst uit het Wft-conceptwetsvoorstel overgenomen) en meer dan alleen target gerelateerd. Dit is niet zonder belang. In de toelichting bij het Wft-conceptwetsvoorstel stond namelijk (p. 12): “In artikel 1:111 Wft wordt de term variabele beloningscomponenten gehanteerd om aan te geven dat het gaat om alle niet-vaste beloningscomponenten op welke manier ze dan ook tot stand komen (dus ook bijvoorbeeld winstdelingen of variabele beloningen waarvoor niet vooraf prestatiecriteria worden opgesteld). Dit is dus breder dan het begrip ‘bonus’ dat in het Burgerlijk Wetboek (dat wil zeggen: in het BW-voorontwerp, LV) wordt gebruikt. Er is voor de financiële sector geen mogelijkheid tot het ontgaan van deze bepaling door het herdefiniëren van arbeidsvoorwaardelijke afspraken.” Met andere woorden: die mogelijkheid was er wel in het BW-voorontwerp! In de Memorie van Toelichting bij het uiteindelijke wetsvoorstel valt te lezen dat rekening is gehouden met de bredere definitie uit het Wft-conceptwetsvoorstel. Als gevolg van de toevoeging aan de tekst vallen ook winstdelingen onder het bonusbegrip. De Memorie van Toelichting noemt de eindejaarsbonus die afhankelijk is van de hoogte van de winst en geeft aan dat ook deze variant onder de voorgestelde regeling valt.⁵ De vraag is nu wat het verschil is met ‘alle variabele beloningscomponenten als bedoeld in het Wft-conceptwetsvoorstel. Ik vertrouw dat dit duidelijk wordt in de loop van het wetgevingsproces. Nu is er enige verwarring, (let wel: het wetsvoorstel kan uit de aard der zaak slechts betrekking hebben op bonussen die variabel zijn op een wijze die een billijkheidstoets zinvol maakt of afhankelijk is van te beïnvloeden gegevens) gevolg van het feit dat de wetgever achtereen drie verschillende definities uit de hoed tovert en de uitverkozen definitie op beperkte wijze van commentaar voorziet.

5.2 Variabele beloning is loon naar de mate waarin de werknemer rechten kan doen gelden

4. De STI is vrijwel altijd loon in geld (art. 7:617 lid 1 sub a BW), de LTI is vaak loon in aandelen/opties (art. 7:617 lid 1 sub e BW). De LTI kan ook slechts 'virtueel' gerelateerd zijn aan aandelen/opties. In deze situatie lijkt sprake van loon in de zin van art. 7:617 sub a BW.
5. De STI zal niet naar tijdruimte vastgesteld loon zijn als bedoeld in art. 7:628 lid 1 BW. Ik deel het standpunt van het arrest van Hof Amsterdam van 27 april 2010 dat (goed verdedigbaar is dat) het wel steeds gaat om op een andere wijze dan naar tijdruimte vastgesteld loon als bedoeld in art. 7:628 lid 3 BW.⁶ Dat impliceert dat de werknemer bij verhindering gerechtigd is tot het gemiddelde loon dat hij bij niet verhindering had kunnen verdienen. Dat betekent ook dat dit loon niet figureert als loon in de zin van art. 629 lid 1 BW, maar wel in de zin van art. 7:629 lid 8 BW. Veel last zal dit bij ziekte niet geven, want variabele beloning is meestal slechts weggelegd voor werknemers die het maximumdagloon overstijgen.⁷ Vast plus variabel boven dat maximum blijven vrij van de regeling van art. 7:629 BW, tenzij partijen natuurlijk anders hebben afgesproken. Die afspraak is, graag duidelijk verwoord, natuurlijk belangrijk. De door Hof Amsterdam op 27 april 2010 beoordeelde casus geeft een voorbeeld.
6. De omstandigheid dat het niet gaat om naar tijdruimte vastgesteld loon, betekent dat niet minstens eenmaal per kwartaal behoeft te worden betaald. Art. 7:623 BW ziet slechts op naar tijdruimte vastgesteld loon. Ook art. 7:624 BW is niet van toepassing. Art. 7:624 BW heeft betrekking op het tijdstip van betaling van in geld vastgesteld loon dat afhankelijk is van de

⁵ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 512, nr. 3, p. 8.

⁶ Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/142.

⁷ Zie voorts A.M. Berghorst, *De bonus*, *SMA* 2006/5, p. 197-208 over de bonus en ziekte. Linksom (628 lid 1), rechtsom (628 lid 3) of door het midden (611), variabel ‘blaast zijn deuntje mee’.

uitkomsten van de te verrichten arbeid (anders dan naar tijdruimte vastgesteld). De STI wordt, in de terechte visie van Hof Amsterdam in een arrest uit 2004, niet geraakt.⁸ Hof Amsterdam had mede het oog op het vierde lid van art. 7:624 BW. Dat lid ziet op in geld vastgesteld loon dat bestaat in een bedrag dat afhankelijk is van enig gegeven dat uit de boeken, bescheiden of andere gegevensdragers van de werkgever blijkt. In deze situatie moet betaald worden op het moment dat het loon kan worden bepaald, en tenminste eenmaal per jaar. De bepaling lijkt meer geschreven voor stukloon en provisies (op zich overigens ook een variabele component). De op aandelen gebaseerde LTI blijft hier sowieso buiten schot. Langetermijnbeloning heeft geen betrekking op in geld vastgesteld loon, dat wil zeggen: geen (a) loon, maar (e) loon.⁹

5.3 Het doel van variabele beloning

7. Er zijn verschillende doelen: extra commitment, focus op bepaalde doelstellingen, binding, gelijkgeschakeling met c.q. verhoogde aandacht voor het aandeelhoudersbelang (in het Engels: *alignment*), en tering naar de nering (bij minder winst een lagere kostenstructuur).¹⁰ Voor vast en pensioen gelden deze doelen niet (zozeer). Natuurlijk zal een goed basissalaris en een goede pensioenvoorziening een positieve uitstraling hebben op de reputatie van een werkgever als goed werkgever. Dat geeft op zich ook *commitment*, maar niet in de wat pregnanter vorm die de variabele beloning kenmerkt. Vast maakt de werknemer *involved*. De bonus maakt de werknemer *committed*. Denk aan de Engelse uitdrukking omtrent het verschil van de betrokkenheid van de kip en het varken bij een English Breakfast: *the chicken is involved, the pig is committed*.

5.4 Variabele beloning kent vele verschijningsvormen

8. Hof Amsterdam sprak in zijn hiervoor reeds genoemde arrest van 27 april 2010 over het feit dat in de huidige tijd veel nieuwe beloningsvormen zijn ontstaan, waarin de wet niet voorziet.¹¹ Grote brokken maakt dat in mijn beleving overigens niet.
9. Boot sprak op het ArbeidsRechtdiner van 2009 over drie soorten bonussen.¹² Hij doelde op de prestatiebonus en de winstdelingsbonus en introduceerde de gewoontebonus en noemde als

⁸ Zie Hof Amsterdam 19 februari 2004, *JAR* 2004/81. Dit arrest komt tevens ter sprake onder punt 27.

⁹ Zie ook W.M. Blom, Naar een beter bonusbeleid, *ArbeidsRecht* 2010/5, 23.

¹⁰ Vergelijk de verwoording van de doelen van de toekenning van opties in de casus van HR 12 juni 1998, *JAR* 1998/183 (Cicurel/Alcatel) in de conclusie van A-G Spier bij het arrest. Van Slooten noemt in zijn dissertatie drie motieven: (i) het verbeteren van de motivatie en het verhogen van de prestatie, (ii) loonkostenbeheersing, en (iii) stimuleren van gewenst gedrag. J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 351. Zie voorts nog mijn *Het beloningssysteem: op de helling of platvloers?*, *ArbeidsRecht* 2009/8/9, 37. Vergelijk Ktr. Rotterdam 20 februari 2001, *JAR* 2001/50 (Meijer/Frango Nederland BV). De kantonrechter noemt als hoofdmotieven voor toekenning van optierechten het bevorderen van goede bedrijfsresultaten en het financieel bij de onderneming betrekken van de werknemer. Ktr. Heerenveen 25 juli 2001, *JAR* 2001/179 (Kon. Douwe Egberts BV/Hofhuis) overwoog dat bij een optieregeling sprake was van een bindingselement en van salaris, althans een inkomenscomponent.

¹¹ Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/142.

¹² G.C. Boot, Hoe het wat van de beloning doorwerkt in het waarom en hoeveel van de ontslagvergoeding, *ArbeidsRecht* 2009/8/9, 39.

voorbeelden de dertiende maand en de auto van de zaak. De dertiende maand zie ik als onderdeel van het vaste inkomen (in ieder geval voor de toepassing van de B-factor van de kantonrechtर्सformule). De auto van de zaak is in mijn benadering geen bonus en los van de vraag of de auto het doet ook niet variabel. Misschien komt de DAF Variomatic nog het dichtst bij een bonus, maar het gros daarvan is inmiddels al of niet met airmiles ter ziele. Boot's twee andere bonussen reken ik uiteraard wel tot het thema van de variabele beloning.

10. Naast de indeling STI/LTI wijs ik op het onderscheid tussen het systeem waarbij men achteraf (min of meer discretionair) beoordeelt wie het zo goed heeft gedaan dat hij in aanmerking komt voor een bonus en/of een salarisverhoging (*merit rating system*), en de regeling waarbij men vooraf doelstellingen heeft afgesproken (*variable pay system*). In dit laatste systeem weet de werknemer dus, zeker als met name kwantitatieve targets spelen, waar hij aan toe is; hier zitten we in de materie die men op het netvlies heeft als de aanduiding STI valt.
11. De prestatiebeloning achteraf heeft zo zijn bedenkingen. U kent de administratieve rompslomp en uitvoerige beoordelingsrondes. Zeker indien de beoordeling implicaties heeft voor het loon, is het slechts weinigen gegeven strak in de leer te blijven. U hebt gehoord over bedrijven waarin een beoordeling 'voldoende' in feite onvoldoende aangeeft en twee jaar achtereen voldoende betekent dat je zo zwak functioneert dat de werkgever op vertrek aanstuurt. Welke kantonrechter heeft geen ervaring met het argument van de werkgever dat dit binnen het bedrijf algemeen bekend is en het verweer van de werknemer dat hij er voor het eerst van hoort en er erg van opkijkt. Deze (soms teleologische) argumenten van werkgever en werknemer zijn in ieder geval voortaan van algemene bekendheid. Het aanwijzen en afkaarten van de voor de bonus maatgevende doelstellingen vooraf (dat wil zeggen aan het begin van het betreffende bonusjaar) haalt hier veel kou uit de lucht. Maar diezelfde lucht kan weer bewolkt raken door een te makkelijke targetstelling (niet uitdagend genoeg en dus jaar na jaar haalbaar en welhaast deel geworden van het vaste salaris) of door het niet goed doordenken van doelen (de financiële sector weet van wanten), door het erg laat in het betreffende bonusjaar vastleggen van de doelstellingen (wat minst genomen niet altijd motiveert) of door voortschrijdend inzicht omtrent de wenselijkheid van bepaalde doelen met de bijbehorende juridische vraag wat tussentijds valt te repareren. Ik weet dat u nu denkt aan art. 7:613 BW, maar dat doet u te vroeg, ik kom er zo nog op terug.
12. Discretionaire bevoegdheden tot vaststelling van een bonus zijn overigens (uiteraard) onderworpen aan de norm van het goed werkgeverschap (de 611-verplichting). Afhankelijk van de feiten en omstandigheden (de gemaakte afspraken, bestaand beleid, communicatie vooraf over wijzigingen daarin, modus operandi ten aanzien van andere gerechtigden onder het zelfde bonusplan, etc.) is de invulling die aan de bevoegdheid is gegeven voor de rechter marginaal toetsbaar.
13. Ik noem de *sign-on* bonus/share plannen. In het algemeen gaat het niet om voetballerij-achtige tekengelden. Het doel is veelal gericht op compensatie: een kandidaat van buiten wil men over de streep trekken door hem het verlies van LTI-rechten bij zijn vorige werkgever (gevolg van *bad-leaver* vertrek nu betrokkene zelf opzegt) te vergoeden. Dat gebeurt dan op een manier die maakt dat hij niet direct het geld in zijn zak kan stoppen om dan weer naar de volgende werkgever over te stappen. De *sign-on* heeft daarom tevens een retentiedoel, komt bijvoorbeeld pas na drie jaar tot uitkering, en dan slechts indien betrokkene niet eigener beweging tussentijds (en dus als *bad-leaver*) is vertrokken. Is dit variabele beloning? Dat is maar in beperkte mate het geval (de *sign-on* zal niet in het *claw back* wetsvoorstel binnen de definitie vallen) en dan nog alleen, indien de uitkering plaats heeft in of gerelateerd is aan aandelen die pas na drie jaar verzilverbaar zijn. Het variabele karakter zit dan in het feit dat de waarde van dat pakket fluctueert: de gerechtigde ontvangt op dag nul van de driejaarsperiode

een pakket ter waarde van X (de koers van dat moment) en krijgt na drie jaar datzelfde pakket onder de voorwaarde dat hij intussen geen *bad-leaver* was met een waarde die overeenkomt met de koers van dat moment (de koers van het aandeel drie jaar later). De *sign-on* is niet een variabele component, indien het bedrijf slechts zegt: u krijgt over drie jaar 3 ton euro bruto onder de voorwaarde dat u niet binnen die periode van drie jaar als *bad-leaver* bent vertrokken. Terzijde en gericht tot de ontbindingsrechters: deze eenmalige *sign-on* hoort natuurlijk nooit mee te tellen in de B-factor van een kantonrechtersformule. Datzelfde geldt ook voor de eenmalige participatieregelingen voor het management die we met name kennen bij overnames door een *private equity* partij.¹³

14. De trend is duidelijk gegaan in de richting van variabele beloning gebaseerd op vooraf bepaalde doelstellingen.
15. Waarom val ik u met het punt van de diversiteit lastig? Ik wil laten zien dat variabele beloning vogels van diverse pluimage herbergt. Ik wil laten zien dat het bonusbegrip niet scherp omlijnd is. Wij proberen in de praktijk een eenvoudige ordening aan te brengen tussen de korte termijn bonus en de lange termijn plannen. Wij bevinden ons met dat onderscheid op drijfzand.

5.5 Wat bedoelen we met 'variabel'?

16. Ik maak een onderscheid tussen variabel tijdens de rit als gevolg van de ongewisheid van de haalbaarheidsgraad van (vooraf of achteraf) gekozen doelstellingen, variabel tijdens de rit door ingrijpen van de werkgever, variabel tijdens de rit krachtens afspraak tussen werkgever en werknemer, en variabel na de rit door het van tijd tot tijd vernieuwen/aanpassen/vervangen van variabele beloningsregelingen.
17. Variabel wil in de eerste plaats zeggen: de beloning is afhankelijk van het oordeel van de werkgever achteraf (al of niet of ten dele discretionair) of van het behalen van bepaalde doelstellingen (kwantitatief – niet discretionair, of kwalitatief – wel ten dele vaak enige discretie over gehaald hebben) of van het intreden van bepaalde omstandigheden (denk bijvoorbeeld aan (i) winst – in die situatie zal vaak sprake zijn van een jaarlijks weerkerende beloningsvorm, of (ii) een overname – een typisch voorbeeld van een eenmalige aangelegenheid¹⁴). Het is derhalve niet van tevoren te zeggen wat de werknemer uiteindelijk

¹³ In de PCM-enquête zagen we een wat ver doorgevoerde variant op dit thema. OK 27 mei 2010, ARO 2010/92 en JOR 2010/189 m.nt. Stevens (PCM). Het ging in de PCM-zaak om een eenmalige (in de zin van eenmalig afgesproken) participatieregeling voor het management (veelal afgekort tot MPP) met het doel het management te verbinden aan het middellange termijn belang van de private equity partij Apax. Met die termijn doel ik op het feit dat een dergelijke partij na verloop van een paar jaar weer tot verkoop van het belang wil overgaan en het management als medeaandeelhouder wenst voor de periode dat de private equity partij 'aan boord' is, met bijpassende clausules bij exit van de private equity partij en weer andere bijpassende regelingen bij een tussentijdse exit van een MPP-gerechtigde manager. Een dergelijke eenmalige regeling voor managers in een private equity omgeving onttrekt zich aan het reguliere denken over remuneratie als tegenprestatie van de werkzaamheid als werknemer.

¹⁴ Een voorbeeld van zo'n regeling in geval van een potentiële overname (men refereert aan een clause bij een Change of Control, een CoC-clausule) is te vinden in Ktr. Haarlem 16 november 2009, JAR 2010/5 (Connexion). Het betrof een voorgenomen privatisering. Men had een CoC clausule afgesproken met 18 als *key* beoordeelde medewerkers. Deze sleutelfunctionarissen kregen bij ontslag binnen 24 maanden na een 'Coc' een suppletoire vergoeding bovenop de gebruikelijke vergoeding. De COR riep tevergeefs de nietigheid in wegens het ontbreken van instemming ex art. 27 WOR. De rechter overwoog dat geen sprake was van een beloningssysteem in de zin van art. 27 lid 1 WOR.

ontvangt. De eene keer komt er meer uit dan de andere keer. Het kan nul zijn, het kan ook 100 zijn (of zelfs via *stretch* bepalingen meer dan 100) of er ergens tussenin. Het vooraf bepalen en vastleggen van doelstellingen maakt dat de werkgever en werknemer weten waar zij aan toe zijn.¹⁵ Variabel in deze zin is 'vast' tijdens de rit. Die rit is echter in de tijd beperkt tot bijvoorbeeld het kalenderjaar (de kortetermijnbeloning, dat wil zeggen: de STI). Voor een volgend kalenderjaar gelden dan weer nieuwe doelstellingen en de uitkomst van de bonusregeling zal van jaar tot jaar anders uitpakken. Tijdens de rit ligt het echter vast. Anders zou men met terugwerkende kracht als werkgever zonder afspraak daarover aan de knoppen draaien.

18. Wie tijdens de rit met terugwerkende kracht aan de knoppen wil draaien, moet van heel goede '6:248 lid 2-*proof*' huize komen. Ik noem het voorbeeld van het ABN AMRO arrest van 28 september 2010.¹⁶ Na lezing van de passages over *pacta sunt servanda*, trouw aan het gegeven woord en do ut des bent u met mij eens dat dit voor een bedrijf een *uphill fight* is. Het blijkt ook uit het feit dat de meetlat in het recente wetsvoorstel tot aanpassing op basis van de billijkheidstoets en de *claw back* ligt op het hoge niveau van art. 6:248 lid 2 BW. En zie wat de Hoge Raad in april 2004 in het arrest Blakborn schreef over die norm: "...in verband met de terughoudendheid die bij de toepassing van deze maatstaf geboden is, slechts bij hoge uitzondering".¹⁷ Die terughoudendheid treft men ook in het arrest van Hof Amsterdam van 17 augustus 2010 betreffende Rabo Wielerploegen BV/Bergsma.¹⁸
19. Ik was mitsdien enigszins verrast door het feit dat de Utrechtse kantonrechter in juli van dit jaar in de zaak ASR/Senten een 613-beding op zichzelf een bruikbaar middel vond met terugwerkende kracht de spelregels van een bonusregeling te veranderen.¹⁹ ASR had door de crisis grote verliezen geleden. Indien men om die reden mede gelet op de opstelling van de ondernemingsraad en andere gerechtigden (die begrip hadden) een inverdiende bonus achteraf toch niet uitbetaalt zonder dat de bonusregeling zelf al aangeeft dat de bonus in een verliesgevende situatie niet tot uitbetaling komt, dan is dat in beginsel wanprestatie. Dat valt toch niet met terugwerkende kracht te 'repareren' via art. 7:613 BW !? De juiste norm is die van art. 6:248 lid 2 BW. Slaan we art. 7:613 BW er op na, dan staat er niet expliciet dat terugwerkende kracht niet mogelijk is. Ik pareer met de gedachte dat een niet met terugwerkende kracht kunnen ingrijpen een vanzelfsprekendheid is c.q. behoort te zijn. Nog weer anders gezegd: bij toepassing van een 613-beding met terugwerkende kracht (achteraf zeggen: u hebt conform de afgesproken spelregels recht op een bonus, maar ik betaal u toch niet uit), krijgt dit beding qua meetlat voor een succesvol inroepen de kleur van art. 6:248 lid

¹⁵ In Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/142 was de bonus zowel afhankelijk van de winstdoelstelling en omzetdoelstelling als van individuele doelstellingen. De bonus was dus slechts ten dele afhankelijk van de eigen activiteit van de werknemer.

¹⁶ Hof Amsterdam (zp Arnhem) 28 september 2010, *JAR* 2010/270 (De Jong/ABN AMRO en RBS).

¹⁷ HR 2 april 2004, *JAR* 2004/112 (Blakborn), r.o. 4.1.3. Een voorbeeld van een geslaagde wijziging is te vinden in Ktr. Amersfoort 1 juni 2005, *JAR* 2005/158. De werkgever verkeerde in financiële moeilijkheden. Dat bracht de rechter tot het oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, indien de werknemer de werkgever aan de bonusregeling kon houden.

¹⁸ Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *JAR* 2010/246, in r.o. 5.20. Zie ook HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 471 m.nt. Bloembergen en *JAR* 2000/85 (FNV/ Frans Maas), na verwijzing beslist door Hof Den Bosch op 18 juni 2001 en 1 april 2003, *JAR* 2003/128.

¹⁹ Ktr. Utrecht 7 juli 2010, *JAR* 2010/226 (ASR/Senten).

2 BW. Men kan wellicht bij ASR in het licht van alle omstandigheden van het geval vrede hebben met het resultaat, maar niet met de door de rechter gekozen route.²⁰

20. Ik kan mij wel voorstellen dat '613' mogelijksoo biedt, indien de werkgever eenzijdig tijdens de rit wil komen tot een bijstelling van de spelregels van een bonusregeling ten aanzien van de periode die tot het einde van de rit nog te gaan is. Deze casus ligt anders dan in ASR waar het bedrijf na het einde van het bonusjaar een streep door de behaalde bonus haalde. In ASR kon de werknemer zich nergens meer op instellen (dat aspect vergt een '6:248 lid 2'-toets) . Dat is wel het geval, indien de werkgever tijdens de rit op evenwichtige wijze doelstellingen bijstelt op een manier die maakt dat de werknemer zich daarop wel kan instellen en nog kan presteren.
21. Mogelijk bevat een bonusregeling de afspraak dat de werkgever van tijd tot tijd tijdens de rit aan de knoppen mag draaien. '613' is dan niet aan de orde zolang de werkgever binnen de afgesproken bandbreedtes blijft. Denk aan een regeling voor een jaar in een bedrijf met sterk fluctuerende marktomstandigheden. De regeling voorziet keurig in de mogelijkheid voor de werkgever daarop snel in te spelen. Correct gebruik van de afgesproken ruimte is in deze situatie geoorloofd. Natuurlijk geldt de norm van art. 7:611 BW en die zal waarschijnlijk snel parten gaan spelen, indien de werkgever in feite aan de knoppen draait om minder bonus uit te betalen (overigens in het algemeen ook commercieel onverstandig, want demotiverend). Vergelijk voor een voorbeeld van zo'n regeling de casus in de beschikking van Hof 's-Gravenhage van 30 juni 2009.²¹
22. Variabel wil in de laatste plaats tot uitdrukking brengen dat de werkgever van tijd tot tijd na ommekomst van de afgesproken looptijd in de nieuwe opvolgende variabele beloningsregeling veranderingen moet kunnen aanbrengen in de doelstellingen en de condities. Niet met terugwerkende kracht betreffende een lopend bonusjaar of ten aanzien van een al voorwaardelijk toegekende hoeveelheid aandelen, maar voor het komende bonusjaar c.q. toekomstige LTI-toekenningen.²² Van Slooten en Van Marwijk Kooy geven terecht aan dat dit soort variëren inherent is aan deze vorm van belonen.²³ Die bevoegdheid

²⁰ Vergelijk voorts Ktr. Rotterdam (vzr.) 13 november 2009, *JAR* 2009/294 (bonusregeling bij Robeco) met commentaar van Zaal in *TRA* 2010/4, 40. Het ging om een Annual Performance Plan (APP) van 20% van het basissalaris bij *at target*. De gerechtigde kwam op een score boven de 100%. Robeco stelde op basis van een eenzijdige wijzigingsclausule gerechtigd te zijn de uitkering neerwaarts bij te stellen (voor de eiseres en voor ongeveer 400 collega's) om ruimte vrij te maken voor andere werknemers die anders geen bonus zouden krijgen. De ondernemingsraad had indertijd met het APP ingestemd, had nu niet een instemmingsverzoek ontvangen, maar ondernam geen stappen uit begrip voor de werkgever. De kantonrechter overwoog dat sprake was van een systeemwijziging en oordeelde dat het ging om een instemmingsplichtig onderwerp. De ondernemingsraad had geen instemming gegeven (een eis in de betreffende 613-clausule). Bovendien ontbrak in de visie van de rechter een voldoende zwaarwichtig belang en was de situatie voorzienbaar. Daar komt bij dat de wijziging met terugwerkende kracht werd ingevoerd. De werknemster won het pleit terzake van het maatgevende bonusjaar 2008.

²¹ Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, *JAR* 2009/199 (KPN Retail) met commentaar van Zaal in *TRA* 2009/10, 80 en van E.L.J. Bruyninckx, Beloningsregeling of beloningssysteem: een fijnmazig verschil?, *ArbeidsRecht* 2009/11, 48.

²² Zie de casus van Hof 's-Gravenhage 23 maart 2010, *JAR* 2010/121 (Unilever).

²³ J.M. van Slooten en A.G. van Marwijk Kooy, Code en bestuurder: handen en voeten, in: Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 104, Deventer: Kluwer 2010, p. 221-237, op p. 235.

is onderworpen aan de norm van '611', maar overigens brengt de afspraak inderdaad flexibiliteit van handelen. Pas op: het gaat niet, althans niet zomaar, om een 613-beding. Er zit een adder onder het gras van die gedachte. '613' ziet op wijziging van regelingen (wijziging van beloningsregelingen die voor onbepaalde tijd gelden of tussentijdse wijziging van beloningsregelingen voor een bepaalde tijd). Variabele beloningsregelingen gelden in het algemeen niet voor onbepaalde tijd en het gaat me hier niet om tussentijdse wijziging tijdens de rit. De bonusregeling voor het jaar 2010 geldt voor het jaar 2010. Als er niks voor in de plaats komt, zit men in 2011 zonder bonusregeling. De saus van '611' zal waarschijnlijk met zich brengen dat dit niets toch iets is, maar wat dat iets is, is niet direct duidelijk.²⁴

23. Ik noteer dus een verschil tussen de afspraak dat de werknemer jaarlijks gerechtigd is tot een bonus aan de hand van door de werkgever na overleg met de werknemer vastgestelde doelen (*targets*) en de afspraak dat de werkgever van tijd tot tijd gerechtigd is de bonusregeling aan te passen c.q. te vervangen door een andersoortige variabele beloningsvorm. Een verstandige werkgever maakt beide afspraken. De eerste van de twee betreft het reguliere draaien aan de knoppen van een regeling die voor het overige als bouwwerk in stand blijft. De tweede afspraak ziet op het uit de markt halen van een bonusregeling en het vervangen ervan door een andere regeling. Bij de STI en de LTI komen beide soorten afspraken voor. Er wordt ook veelvuldig gebruik van gemaakt. Zo hebben we in de afgelopen tien jaar gezien dat de optieregelingen naar de achtergrond gingen en vervangen zijn door targetgerelateerde aandelenplannen (de zogenaamde Performance Shareplannen). We zagen de intrede van Matching Plannen (denk aan de mogelijkheid dat de werkgever aan de werknemer extra aandelen toekent bij aanvaarding door de werknemer van een bepaalde blokkeringsregeling). Het voordeel van Performance Shareplannen boven opties als vorm van variabel belonen is dat men niet zoals bij opties onder water kan geraken (behoudens bij faillissement). Bij het behalen van de doelstellingen op een manier die tot gevolg heeft dat er aandelen ter beschikking komen, is er verzilverbare waar: een optie kan niks waard blijken te zijn, een aandeel geeft altijd wat (als inmiddels de koers is gehalveerd, ontvangt men toch nog de helft van de oorspronkelijke koerswaarde). Nog weer anders gezegd: opties lopen eerder omhoog of omlaag de spuigaten uit, aandelenplannen reageren historisch gezien wat rustiger op koersfluctuaties.

5.6 Variabele beloning en ontslag

24. Bij een ontslag vergt de variabele beloning speciale aandacht. Grofweg denkt men bij ontslagen aan het onderscheid tussen wat nog valt te betalen terzake van het dienstverband zelf en wat men moet betalen als ontslagvergoeding. Bij de variabele beloning ligt het iets gecompliceerder. Wat te doen met de in het vooruitzicht gestelde bonus bij een einde van het dienstverband gedurende het bonusjaar of na ommekomst van het bonusjaar maar voor het moment van uitbetalen? Wat te doen met voorwaardelijk toegekende opties of aandelen die bij einde dienstverband vervallen. En hoe ligt het antwoord op de vraag of in de ontslagvergoeding met de variabele component(en) rekening moet worden gehouden? En zo ja, ziet dit dan op het door het einde van het dienstverband veroorzaakte verlies van bestaande rechten (het vervallen waar ik zojuist op doelde) of heeft het betrekking op de gedachte dat de variabele beloning op enigerlei wijze (bijvoorbeeld op basis van een gewogen gemiddelde) meetelt in het maatgevend inkomen voor de berekening van de ontslagvergoeding?

²⁴ In Ktr. Amsterdam 30 juli 1998, *JAR* 1998/231 (Okura) overwoog de rechter dat indien reeds jarenlang een bonus wordt uitgekeerd, de werkgever gehouden is eventuele wijzigingen in die praktijk op goede gronden en in redelijkheid aan te brengen.

25. Het gaat bij een keuze voor de ontbindingsroute (dan loopt men tegen de kantonrechtersformule aan) steevast om vier onderwerpen: (i) de afwikkeling van de lopende STI, (ii) de afwikkeling van de voorwaardelijk toegekende LTI, (iii) de vraag of de STI meetelt in de B-factor, en tot slot (iv) de vraag of de LTI meetelt in de B-factor. Dit denken in een vierluik voorkomt ongelukken. Schematisch:

(i) De afwikkeling van de STI over het jaar waarin het ontslag valt	(ii) De afwikkeling van de voorwaardelijk toegekende ('lopende') LTI
(iii) De vraag of de STI meetelt in de B-factor van de ktrformule	(iv) De vraag of de LTI meetelt in de B-factor van de ktrformule

26. Bij een keuze voor de BBA-route speelt een soortgelijke indeling in vier parten. Er zijn wat verschillen met de ontbindingsroute. Bij de beoordeling van de ontslagvergoeding op grond van art. 7:681 BW komt de kantonrechtersformule niet in beeld. Eventuele afwikkelingsvragen komen in een dagvaardingsprocedure aan de orde op basis van een aparte (loon)vordering. In deze route blijft derhalve het onderscheid tussen disputen over de uitbetaling van (variabel) loon en de ontslagvergoeding behouden. Weliswaar zal de ontslagen werknemer de diverse claims vaak in één procedure aan de orde stellen (dit hoeft overigens niet het geval te zijn), maar de diverse kwesties raken niet verstrengeld. Het eindvonnis zal de vorderingen over de afwikkeling van de lopende STI en de afwikkeling van de lopende LTI-toekenningen uit het verleden apart afkaarten. Het vonnis zal eveneens apart oordelen over de 681-vordering. In de ontbindingsprocedure raken de onderwerpen vervlochten, omdat de ontbindingsrechter uiteindelijk één bedrag toekent als billijkheidsvergoeding op basis van art. 7:685 lid 8 BW. Deze billijkheidsvergoeding kan (het hoeft niet) uit meer componenten bestaan. Vandaar het verhoogde belang de bouwstenen goed uit elkaar te houden en meer in het bijzonder aan de ontbindingsrechter de taak bij de verantwoording van de hoogte van de ontbindingsvergoeding, indien van toepassing, uitleg te geven van de samenstellende delen.

(i) De afwikkeling van de STI over het jaar waarin het ontslag valt

27. De jurisprudentie aanvaardt de geldigheid van de afspraak tussen werkgever en werknemer dat de werknemer om aanspraak te hebben op de bonus nog in dienst moet zijn aan het einde van het bonusjaar of zelfs ten tijde van de uitbetaling na afloop van het betrokken bonusjaar (veelal vindt uitbetaling plaats in het voorjaar volgende op het betreffende bonusjaar na vaststelling van de jaarstukken). Zo oordeelde Hof Amsterdam op 19 februari 2004 dat de voorwaarde van een in dienst zijn op het moment van uitbetaling is geoorloofd.²⁵ De uitvoering van zo'n regeling door de werkgever valt natuurlijk onder de 611-plicht.²⁶ In de door het hof beslechte casus speelde het feit dat de werknemer zelf had opgezegd. Dat is de meest gebruikelijke aanleiding de werknemer te (mogen) houden aan de afspraak dat een bonusbedrag alleen tot uitkering komt, indien de werknemer nog in dienst is op het moment van uitbetaling (veelal in het vroege voorjaar na vaststelling van de jaarstukken betreffende

²⁵ Hof Amsterdam 19 februari 2004, *JAR* 2004/81. Dit arrest kwam eerder ter sprake onder punt 6.

²⁶ De '611'-plicht geldt overigens ook voor de werknemer. Ik denk aan de materie van de *claw back*. Ook zonder een *claw back* bepaling in het contract kan de werkgever terugvorderen. Men ziet hier een voorbeeld van het feit dat art. 7:611 BW de vertaalslag van het bepaalde in art. 6:248 BW (zowel lid 1 als lid 2) vormt voor het arbeidsrecht. Zie HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (Parallel Entry), r.o. 3.3.

het bonusjaar). De 611-verplichting kan meebrengen dat op deze op het retentiedoel terug te voeren voorwaarde geen beroep mag worden gedaan. Dat speelt in de situatie dat de werkgever zelf door het succesvol nastreven van een ontslag de voorwaarde verwezenlijkt, zonder dat de werknemer voor het ontslag aanleiding gaf. Ik meen dat de meetlat ligt bij de vraag of de werknemer een verwijt treft van de noodzaak afscheid te nemen. Is dat niet aan de orde, dan is denkbaar dat de conditie niet, althans niet onverkort, stand houdt. Het ligt voor de hand dat in een aan de werknemer niet verwijtbare situatie de oplossing naar een pro rata benadering neigt. Sommige bonusregelingen kiezen zelf reeds voor een proratering.²⁷ Stapt de werknemer wel zelf op of treft hem een verwijt van het feit dat de relatie op initiatief van de werkgever tot een einde komt, dan houdt een beding dat aangeeft dat bij voortijdig einde van de relatie geen bonus tot uitkering komt onverkort stand. Ik trek met de hier beschreven meetlat de lijn door die de Hoge Raad in 1998 heeft uitgezet in het Alcatel/Cicurel-arrest.²⁸ Het arrest van de Hoge Raad uit 1998 komt hieronder bij de afwikkeling van de LTI nog weer ter sprake.

28. Het is misschien voor een enkeling nog wennen dat de 685-rechter een dispuut over de bonusuitkering over een lopend bonusjaar 'even' beslist zonder dat het bewijsrecht geldt en zonder beroepsmogelijkheid. De Baijings-leer biedt evenwel de ruimte.²⁹ Na lezing van het Seminis-arrest bent u helemaal in beeld. De Hoge Raad overwoog in dit arrest nog weer eens dat het ongewenst is niet alle relevante factoren in de ontbindingsprocedure mee te wegen, waaronder dit soort LTI-aanspraken (het betrof opties op aandelen in de Amerikaanse moedervernootschap).³⁰ Het Seminis-arrest borduurt onder meer voort op het Intramco-arrest uit 2000, een ander arrest uit de Baijings-reeks.³¹ Deze jurisprudentie ziet op de afwikkeling van lopende LTI-toekenningen, maar er is voor wat betreft de bonusafwikkeling geen wezenlijk of principieel verschil met het onderwerp van de afwikkeling van de LTI.

²⁷ In Ktr. Utrecht 8 februari 2006, *JAR* 2006/59 speelde een proratering van de te betalen bonus (r.o. 2.9) naar mijn overtuiging slechts geen rol vanwege het feit dat de arbeidsovereenkomst exact per de einddatum van het bonusjaar door ontbinding tot een einde was gekomen.

²⁸ HR 12 juni 1998, *JAR* 1998/183 (Cicurel/Alcatel).

²⁹ HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248 en *NJ* 1998, 257 m.nt. PAS (Baijings/Mr H, Baijings I).

³⁰ Zie HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/203 (Seminis Vegetable Seeds Holland BV/Van Wielink, Baijings XIII) met commentaar van Ruizeveld in *TRA* 2008/1, p. 23-24. Vergelijk voorts over het arrest K.W.M. Bodewes en A. Baris, Baijings: hoe ging het verder?, *ArbeidsRecht* 2008/12, 60.

³¹ HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 251 en *JAR* 2001/14 (Intramco/Grotenhuis, Baijings III). Het cassatiemiddel stelde dat de kantonrechter in feite een beslissing omtrent de optieovereenkomst zelf had gegeven en daarmee buiten het raamwerk van art. 7:685 BW was getreden, dat een toepassing van de artt. 6:248 BW en 6:258 BW op een optieovereenkomst niet behoort tot de in het kader van een ontbindingsprocedure uit te voeren toetsing en zich niet verdraagt met de ratio van de daarin neergelegde regeling. De Hoge Raad stelde dat de bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst meebrengt dat in een ontbindingsprocedure het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid toekent, met medeweging van alle relevante factoren, waaronder ook de op het verlies van de uit de opties voortvloeiende voordelen gegronde aanspraak. De Hoge Raad overwoog aan het slot dat de vraag of de rechter een beslissing heeft gegeven over de optieovereenkomst zelf of een beslissing tot toekenning van een vergoeding overeenkomstig het bepaalde in die overeenkomst, geen beantwoording behoefde, daar dit voor de beantwoording geen verschil maakte.

29. Een belangrijk aspect is dat de ontbindingsrechter de afwikkeling van de bonus gedurende het lopende bonusjaar in beginsel alleen in zijn beschikking in de lid 8-vergoeding kan meenemen, indien het standpunt van de werkgever ten aanzien van het niet uitbetalen van de bonus verband houdt met de contractuele afspraak dat de bonus niet tot uitkering komt bij een tussentijds einde van het dienstverband en derhalve gerelateerd is aan de (nagestreefde) beëindiging van de relatie. Spelen andere verweren tegen uitbetaling zonder verband met het einde van de relatie, dan behoort de ontbindingsrechter de kwestie in beginsel aan de bodemrechter te laten. Datzelfde geldt in mijn visie bij een inhoudelijke en aannemelijke discussie over de verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer ten aanzien van de door de werkgever ervaren noodzaak de relatie tot een einde te brengen. Natuurlijk zal ook geen bonuscomponent terzake van het lopende bonusjaar in de lid 8-vergoeding op zijn plaats zijn, indien in de rede ligt dat de bonus niet tot uitbetaling komt, omdat het er naar uitziet dat de doelstellingen onhaalbaar zijn (ook of zelfs bij voortduren van het dienstverband). In deze situatie doet de werkgever er onder omstandigheden verstandig aan zich niet op een vervalbeding te beroepen, maar in de ontbindingsprocedure te stellen dat pro rata zal worden betaald, indien en voorzover de niet op het persoonlijk functioneren van de werknemer geconcentreerde doelstellingen aan het einde van het betreffende bonusjaar blijken te zijn gehaald.

(ii) De afwikkeling van de voorwaardelijk toegekende ('lopende') LTI

30. Ik heb hier een LTI-plan op het oog dat uitgaat van de jaarlijkse toekenning van aandelen (opties kan ook, maar aandelenplannen zijn tegenwoordig veel populairder) die eerst drie jaar later, indien bepaalde doelstellingen zijn behaald, ter beschikking van de werknemer komen (*vesten*). Steevast geldt krachtens de LTI-plan rules de voorwaarde dat de werknemer aan het einde van de periode van drie jaar nog in dienst is. Wat moet de ontbindingsrechter hiermee bij een ontbinding op initiatief van de werkgever binnen de periode van drie jaar? Vooral bij dienstverbanden met de Nederlandse dochtervennootschap van een internationaal concern met een buitenlandse moedervernootschap kan het LTI-plan behoorlijk lastig in elkaar steken. De Hoge Raad neemt in de hiervoor genoemde arresten in de Baijings-reeks (Baijings, Intramco, Seminis) het standpunt in dat een Nederlandse werkgever met het effect van het einde van de arbeidsrelatie op LTI-plannen rekening moet houden. Het onderwerp ligt daarmee op het bord van de ontbindingsrechter. Ik vind dat niet zo verstandig. Werkgever en werknemer of hun raadslieden zijn zelf niet altijd precies op de hoogte van de werking van een complexer aandelenplan. Waar dat wel het geval is, zal men binnen de context van de ontbindingsprocedure slechts weinig ruimte hebben de ontbindingsrechter uitleg te geven. Vaak zijn werkgever en werknemer het niet eens. Of de uitleg dan de nodige helderheid verschaft, is de vraag. Indien buitenlands recht op het LTI-plan van toepassing is, gaat de juiste uitleg van de tekst van het plan wel eens verloren.

31. In de visie van de Hoge Raad (Seminis) en onze wetgever beschikt de ontbindingsrechter over een (niet voor hoger beroep vatbaar) intuïtief inzicht.³² Zelf denk ik dat het beter is niet uit te

³² Vergelijk Ktr. Utrecht 22 juni en 6 juli 2001, *JAR* 2001/168 (HEMA BV/Hendriks). De kantonrechter stelde zonder nadere motivering over het rekening houden met de werking van het optievervalbeding: "de vraag of de opties gedurende de resterende looptijd en bij ongestoorde voortzetting van het dienstverband nog enige waarde zouden krijgen, is moeilijk te beantwoorden; de waarde van deze opties kan niet anders dan schattenderwijs en op basis van de redelijkheid en billijkheid worden bepaald; de kans dat deze opties aan het eind van hun looptijd bij ongestoorde voortzetting van het dienstverband iets waard zouden zijn, in redelijkheid schattend, stelt de kantonrechter het nadeel van het niet kunnen uitoefenen van deze opties, op NLG 30.000, bruto, welk bedrag aan verweerder dient te worden vergoed, naast (!, LV) de aan verweerder toe te kennen vergoeding op grond van art. 7:685 lid 8 BW". Zie ook Ktr. Middelburg 16 oktober 2003, *JAR* 2004/142. Zonder de optiediscussie zou de

gaan van zoveel onfeilbaarheid van de rechter. Indien de manager in een ontbindingsprocedure drie dagen voor de zitting met een uitvoerig betoog komt waaruit blijkt dat hij vindt dat de ontbindingsrechter in het kader van een billijke afwikkeling van de nog niet geveste LTI-toekenningen zeg drie ton moet toekennen, dan moet de werkgever vertrouwen dat het inzicht de ontbindingsrechter niet in de steek laat. Voor de werknemer ligt dit overigens niet anders. Partijen hebben zelf maar kort de tijd de kantonrechter te vertellen wat hun visie is en waarom het standpunt van de wederpartij eventueel geen hout snijdt. Kent de ontbindingsrechter een fors bedrag toe of juist niets, dan is de kous door het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep af. Laat de rechter het aspect expliciet buiten beschouwing, dan kan de werknemer in de bodemprocedure alsnog proberen zijn gelijk te halen. De bodemrechter zal op grond van het Seminis-arrest hierbij de bril van de ontbindingsrechter moeten opzetten en de meetlat voor toewijzing moeten leggen bij de billijkheidsnorm van art. 7:685 lid 8 BW.

32. De billijkheidsnorm van art. 7:685 lid 8 BW is overigens toch niet helemaal alleen een kwestie van de onfeilbaarheid van de rechter. Ik doel op het richtsnoer dat te vinden is in een arrest van de Hoge Raad uit 1998. In het Cicurel/Alcatel-arrest speelde een LTI-plan in de vorm van opties op aandelen in Alcatel NV, de Nederlandse topholding van het concern en de grootmoeder van de Franse vennootschap Alcatel CIT, de werkgever van de heer Cicurel. Na de afwikkeling van het dienstverband in Frankrijk, startte de heer Cicurel bij de Nederlandse rechter een procedure. Hij vorderde primair levering van 19.000 aandelen in het kapitaal van Alcatel NV tegen de overeengekomen aankoop prijs van 100 ECU per aandeel, subsidiair vergoeding van schade op te maken bij staat wegens het verlies van optierechten (op grond van het optievervalbeding uit het LTI-plan) als gevolg van het door de werkgever veroorzaakte ontslag. Het LTI-plan stelde dat Nederlands recht van toepassing was op de optieovereenkomst. De arbeidsovereenkomst zelf werd geheel door Frans recht geregeerd. Het plan gaf aan dat de opties de eerste drie jaar na toekenning niet mochten worden uitgeoefend. Het plan stelde over het vervallen van optierechten bij einde arbeidsovereenkomst: "*Upon (...) termination of (...) employment for any reason other than those specified (...) above, outstanding Options shall be immediately cancelled. The Beneficiary shall not be entitled to any indemnity (...)*". De Hoge Raad overwoog dat de rechtbank tot de conclusie was gekomen dat de opties op grond van het optiecontract vervallen waren en dat dit slechts anders zou zijn, wanneer toepassing van de bepaling in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, hetgeen in het onderhavige geval in de visie van de rechtbank (en het Hof) afhing van het antwoord op de vraag of Cicurel aan Alcatel aanleiding tot de beëindiging van de dienstbetrekking had gegeven (r.o. 3.4.2). De Hoge Raad oordeelde dat tegen de achtergrond van het debat tussen de procespartijen niet onbegrijpelijk was dat het Hof en de rechtbank deze vraag als de kern van het geschil hadden beschouwd.³³ De toegepaste cassatietechniek

vergoeding in de visie van de kantonrechter met factor C=1,5 zijn afgehandeld. De kantonrechter overwoog dat de precieze schade van het vervallen van de opties een schatting blijft. Het bracht de vergoeding op een niveau dat een factor C=2 benadert.

³³ HR 12 juni 1998, JAR 1998/183 (Cicurel/Alcatel). Zie verder over de materie F.B.J. Grapperhaus en A. Stege, Het optievervalbeding en de schadevergoeding bij einde dienstverband, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 464 e.v., F.B.J. Grapperhaus, Einde arbeidsovereenkomst, einde optierechten?, *ArbeidsRecht* 2001/4, 21, G.C. Boot, Vergoeding van schade en optievervalbeding, *SMA* 2001, p. 315-320, M. van Eck, Optierechten bij einde arbeidsovereenkomst: vergoed of voortgezet?, *Arbeid Integraal* juni 2001, p. 83-88, K.W.M. Bodewes, De ontslagvergoeding in de praktijk, *ArbeidsRecht* 2001/8/9, 44, L.G. Verburg, Werknemersopties en einde dienstverband, *ArA* 2001/3, p. 52-69, J.M. van Slooten, Uitleg optieregeling. Onduidelijkheden voor rekening werkgever, *SR* 2003, 7 en K.W.M. Bodewes en A.

maakt dat wij met conclusies over de visie van de Hoge Raad met voorzichtigheid moeten oordelen. De lagere rechtspraak is naar mijn mening terecht nadien uitgegaan van de gedachte dat het antwoord op de vraag of toepassing van een vervalbeding in een LTI-plan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, afhangt van het antwoord op de vraag of de werknemer aan de werkgever aanleiding tot de beëindiging van de dienstbetrekking heeft gegeven.³⁴ Bij verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer, inclusief een vertrek op eigen initiatief van de werknemer, is het vervalbeding geldig. Bij een niet aan de werknemer verwijtbaar ontslag op initiatief van de werkgever is er ruimte voor de gedachte dat een vervalbeding niet, althans niet zonder meer, met succes kan worden ingeroepen.

33. Wat is het effect van een succesvol beroep van de werknemer op het in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zijn van de werking van een vervalbeding? Gaat het om alles of niets? Dat zou vreemd zijn. Denk aan het geval dat de werknemer een jaar na toekenning van de voorwaardelijke aandelen niet verwijtbaar wordt ontslagen, terwijl het gaat om een pakket dat valt onder een drie jaars vestingperiode. De werknemer heeft in dit voorbeeld slechts een derde deel van de vestingperiode uitgediend. Mag deze werknemer bij het onaanvaardbaar zijn van een beroep op de volle werking van het vervalbeding het volledige toegekende pakket behouden (natuurlijk nog steeds voorwaardelijk in de zin dat de afhankelijkheid van het aan het einde van de drie jaars periode behalen van de generieke doelstellingen blijft staan), dan raakt het resultaat losgezongen van het beloningselement, het bindingselement en de billijkheid. Het ligt in de rede aan te sluiten bij de pro rata benadering die ook al hiervoor bij de STI aan de orde was. Dat betekent in het genoemde voorbeeld van een vertrek na een jaar na het moment van de toekenning (derhalve na het verstrijken van een derde deel van de vestingperiode) dat de *good leaver* 12/36^{ste} deel van de toekenning behoudt (de *bad leaver* raakt nog steeds alles kwijt). Vertrekt de *good leaver* na 18 maanden na toekenning, dan behoudt hij 18/36^{ste} deel, oftewel 50% van het oorspronkelijke toekenningsniveau. Natuurlijk zijn dergelijke oplossingen niet *carved in stone*. Denkelijk komt men op een nog wat verder bijgesteld niveau uit. Het gaat er om dat met het idee van een proratering een handvat is gegeven voor het nadenken over het doorhakken van de knoop die ontstaat in de situatie waarin een vervalbeding door het aan de werknemer niet verwijtbaar zijn van een gedwongen vertrek uitpakt op een manier die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is (op de door de Hoge Raad in Cicurel/Alcatel aangegeven wijze). Veel LTI-plannen spelen hier zelf reeds op in, zowel ten aanzien van situaties waarin

Baris, Baijings: hoe ging het verder?, *ArbeidsRecht* 2008/12, 60. Recente lagere jurisprudentie over het onderwerp: Ktr. Amsterdam 10 augustus 2009, *JAR* 2009/257 en Ktr. Amsterdam 20 januari 2010, *JAR* 2010/57.

³⁴ Ktr. Amsterdam 15 januari 2001, *JAR* 2001/29 (Lowe Lintas/ Fiolet). De kantonrechter overweegt omtrent de opties: "Optieplannen hebben een belonings- en een bindingselement. Om dat laatste element tot uiting te brengen is uitoefening van optierechten bij vertrek voor de daartoe overeengekomen datum uitgesloten. In casu echter brengt de goede trouw met zich mee dat die bepaling verweerder niet moet kunnen worden tegengeworpen. Verweerders arbeidsovereenkomst eindigt vanwege het fusiebesluit. Dat ligt geheel in de risicosfeer van verzoekster. Verweerder moet dus in staat worden gesteld zijn optierechten uit te oefenen; dat zal in het dictum worden neergelegd." Streng in de leer is Ktr. Amsterdam 10 augustus 2009, *JAR* 2009/257 (Brunel). De betrokken werknemer gaf leiding aan de vestiging van Brunel in Singapore. De ontbindingsprocedure speelde in Rotterdam. De onderhavige kwestie betrof de optieschade. De bodemrechter overwoog dat de werkgever een beroep toekomt op het vervalbeding in de optieregeling behoudens zeer zware maatstaven ten aanzien van de onaanvaardbaarheid van dat beroep. Zulke bijzondere omstandigheden waren in casu niet gebleken en dat bezegelde het lot van de vordering betreffende de optieschade.

een vervallbeding niet (integraal) behoort te gelden (het onderscheid tussen *good leaver* en *bad leaver*) als ten aanzien van de consequenties van een *good leaver* vertrek.

34. Ik geef als voorbeeld van de regeling van de mogelijke exitscenario's in een LTI-plan de tekst van clause 7.1 tot en met 7.3 van het concept van de *Rules of the Management Co-Investment Plan* van Unilever dat dit concern in het voorjaar van 2010 op de website plaatste (en daar door mij werd aangetroffen):

7 Leaving the Group before Vesting

7.1 General Rule on Leaving Employment

7.1.1 Unless rule 7.2 (Leaving in specified circumstances) applies, an Award which has not Vested will lapse on the date the Participant ceases to be an Employee.

7.1.2. The Board may decide that an Award which has not Vested will lapse on the date on which the Participant gives or receives notice of termination of his employment with any Member of the Group (whether or not such termination is lawful), unless the reason for giving or receiving notice is listed in rule 7.2.1 (i) to 7.2.1(iv) below.

7.2 Leaving in Specified Circumstances

7.2.1 If a Participant ceases to be an Employee before the date of Vesting for any of the reasons set out below, then his Awards will Vest as described in rule 7.3 (Vesting-Awards) and lapse as to the balance. The reasons are:

- (i) ill health, injury or disability, as established to the satisfaction of NV or PLC;*
- (ii) retirement with the agreement of the Participant's employer;*
- (iii) the Participant's employing company ceasing to be under the Control of neither NV or PLC;*
- (iv) A transfer of the undertaking, or the part of the undertaking, in which the Participant works to a person which is neither under the Control of NV or PLC nor a Member of the Group;*
- (v) redundancy;*
- (vi) death; and*
- (vii) any other reason, if the Board so decides in any particular case.*

7.2.2 The Board may only exercise the discretion provided for in rule 7.2.1(vii) within 2 months after cessation of the relevant Participant's employment or office, and the Award will lapse or Vest (as appropriate) on the earlier of the date on which the discretion is exercised and the end of the 2-month period. The Board may delegate decisions under this rule 7.2 (Leaving in Specified Circumstances) and 7.3 (Vesting – Awards) as it considers appropriate.

7.3 Vesting – Performance

Where rule 7.2 applies, the Award does not lapse and the extent to which it will Vest is measured in accordance with rule 5.1 (Satisfying conditions) at the end of the Performance Period. However, the Board may decide in its discretion that the Performance Period in respect of an Award should be treated as ending on the date of the termination of employment or office and that the Award should Vest immediately, to the extent that the Performance Condition has been satisfied (as determined by the Board in the manner specified in the Performance Condition or in such manner as it considers reasonable). Unless the Board decides otherwise, the level of Award should

*be reduced pro rata so that it reflects only the proportion of the original Vesting Period which has elapsed before the termination of employment or office.*³⁵

35. Dit soort clausules dient gesneden koek te zijn voor rechters en advocaten die zich over de materie buigen. De tekst is nadrukkelijk niet meer dan een voorbeeld. Niettemin herkent men een aantal zaken die passen in het door mij eerder geschetste beeld. De aanduidingen *good leaver* en *bad leaver* staan niet expliciet vermeld. Deze titulatuur zit verscholen achter de regeling van het vertrek in *Specified Circumstances*. Doet zich een *Specified Circumstance* voor, dan geeft dit de vertrekkende het etiket *good leaver*. Doet zich een *Specified Circumstance* niet voor, dan is sprake van een *bad leaver* (met het effect dat clause 7.1.1 aangeeft). De Board heeft in voorkomend geval enige discretionaire ruimte een passende oplossing te bedenken. Die ruimte treft men onder andere in clause 7.2.1 sub vii (denk aan het besluit een aan de werknemer niet verwijtbare *incompatibilité* onder de *Specified Circumstances* te brengen) en in clause 7.3 aan de start (flexibiliteit in het bepalen van de maatgevende Performance Period). Het slot van clause 7.3 bevat, met enige speelruimte, de spelregel van een proratering van de toekenning. Al met al denk ik dat het voorbeeld een state of the art regeling van de materie geeft voor de functieniveaus onder de Raad van Bestuur van een concern (voor dit voorbeeld inderdaad ook de doelgroep).
36. Hoe beoordeelt de bodemrechter een claim betreffende de geldigheid van een beroep op een vervalbeding in een LTI-regeling, indien de werkgever de BBA-route heeft gevolgd? De ontbindingsrechter oordeelt op basis van aannemelijkheden. De bodemrechter kan in de BBA-route de normale regels van het bewijsrecht toepassen, ook op het punt van de verwijtbaarheidstoets. Bovendien heeft de bodemrechter nu niet te maken met de in het Seminis-arrest voorgeschreven processuele receptuur betreffende de '685-bril'. Dat verruimt het blikveld. De vraag is of dit ook andere uitkomsten kan geven. Ik beantwoord die vraag bevestigend, dat is zeer goed mogelijk. Deze bizarre situatie vloeit voort uit het duale stelsel van ons ontslagrecht. Zolang wij dit doolhof aanhouden, zullen de piloten (wie u ook daarbij in gedachten wilt nemen) brokken blijven maken. De oorzaak is het BBA.

(iii) De STI en de B-factor van de kantonrechtersformule

37. De kantonrechtersformule zelf laat het onderwerp in het midden. In Aanbeveling 3.3 staat expliciet aangegeven wat wel en wat niet onder de B-factor valt. De bonus, de belangrijkste vorm van beloning na het basissalaris, blijft onbenoemd. Dat betekent dus dat men er onderling niet uitkwam. Niet sterk om dit voor de praktijk zo belangrijke punt niet hardop te zeggen. Charbon acht het feit dat bij de herziening van de formule eind 2007 de bonus nog steeds geen goede plek heeft gekregen terecht zeer spijtig.³⁶ De jurisprudentie tendeeert naar

³⁵ Clause 10 van het Draft Unilever LTI-plan bevat nog relevante regels omtrent het toepasselijk recht en jurisdictie: *Dutch law governs the Plan in respect of Awards granted over NV Shares and the Rotterdam District Court has non-exclusive jurisdiction in respect of any disputes arising. English law governs the Plan in respect of awards granted over PLC Shares and the English Courts have non-exclusive jurisdiction in respect of any disputes arising. Where Awards are granted over a combination of NV and PLC Shares, the applicable law and jurisdiction in relation to such Awards will be determined on the Award Date by the Grantor.*

³⁶ P.A. Charbon, Aanbeveling 3.3 Beloning (B); de variabele beloning, *ArbeidsRecht* 2009/2, 9. Zie haar bijdrage ook voor verdere verwijzingen naar praktijk en literatuur.

het in de B-factor meenemen van meer structurele bonusbetalingen naar het gemiddelde over de laatste bonusjaren. Hof Amsterdam heeft deze gedachte met zoveel woorden opgeschreven in een arrest van 10 maart 2009. In tegenstelling tot wat in de praktijk meestal gebeurt, nam het Hof overigens een gemiddelde van vijf jaar in aanmerking.³⁷

(iv) De LTI en de B-factor van de kantonrechtersformule

38. Uit vaste jurisprudentie blijkt dat de LTI-revenuen niet meetellen voor de B-factor. Ook hier verwoordde Hof Amsterdam in 2009 de stand van de jurisprudentie expliciet: "Anders dan een structurele bonus in geld wordt een bonus bestaande uit opties op aandelen niet in aanmerking genomen bij de vaststelling van de beloning in het kader van de Kantonrechterformule."³⁸
39. Terug naar de tekentafel. Het onderscheid tussen STI en LTI is nooit principieel geweest. Er is aanleiding voor de veronderstelling dat het onderscheid minder scherp gaat worden.
40. Ik vergelijk met de nieuwe per 1 januari 2010 in werking getreden *remuneration policy* van de Engelse Financial Services Authority (FSA), de *UK financial services regulator*.³⁹ Remuneration dient in lijn te zijn met risk management. Enkele *principles*: (i) *remuneration based on employee performance should reflect long term performance*. (ii) *measurement of employee performance for long term incentive plans should also be based on non-financial performance, such as adherence to risk management and compliance with regulatory requirements*. (iii) *bonuses which make up the majority, or at least two thirds, of an employee's remuneration should be deferred, with a deferral period of at least three years. The deferred bonus should be linked to future performance of the firm as a whole*. Bij het laatste principe geldt dus dat een 'bonus' een voorwaardelijk (in de zin van uitgesteld) karakter moet hebben. Is dit dan LTI?⁴⁰

³⁷ Hof Amsterdam 10 maart 2009, JAR 2009/106. Een voorbeeld uit de 681-wereld betreft Rb Rotterdam 7 maart 2007, JAR 2007/122 (Lukoil/Van der Spek). Het ontslag werd kennelijk onredelijk geoordeeld en afgewikkeld op basis van de kantonrechtersformule. De bonus werd in de B-factor meegenomen, gezien het structurele karakter en het feit dat het ging om een aanzienlijk onderdeel van het totaal van de beloning. De rechtbank ging uit van de gemiddelde bonus over de jaren 2002 tot en met 2005 en nam daarmee in het gemiddelde ook de bonus mee over het bonusjaar 2005, waarvan het bedrag in het vonnis zelf door de rechtbank was vastgesteld (!). De rechtbank hield bij het maken van de sommen rekening met het pro rata karakter van de bonus over 2005 (het bonusjaar was niet volledig uitgediend). Voor het berekenen van het gemiddelde werd de bonus 2005 dus herleid naar een vol jaar.

³⁸ Hof Amsterdam 10 maart 2009, JAR 2009/106. Zie ook J.M. van Slooten en A.G. van Marwijk Kooy, Code en bestuurder: handen en voeten, in: Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 104, p. 221-237. Zie voorts Ktr. Maastricht 24 april 1998, JAR 1998/130 (Medtronic/Bourgeois). De kantonrechter neemt de opties op aandelen in de Amerikaanse moedermaatschappij niet mee in (de factor B van) de formule. Idem Ktr. Amsterdam 15 januari 2001, JAR 2001/29 (Lowe Lintas/ Fiolet. Ktr. Utrecht 29 april 2003, JAR 2003/158. De kantonrechter weegt de opties niet mee, want de afspraak is dat ze vervallen bij einde dienstverband (!).

³⁹ FSA policy statement Reforming remuneration practices in Financial services van 12 augustus 2009, PS 09/16. De FSA code geldt voor large banks, building societies en broker dealers.

⁴⁰ Vergelijk de TNT Remuneration Policy 2010. TNT heeft de STI en LTI in elkaar geschoven: *It is a combined short term and long term incentive three-year plan in which members of the Board of Management and the senior management population have the opportunity to earn an incentive, based on annual targets derived from three year plans*. Zie het Hoofdstuk Remuneration van het TNT Annual Report 2009, p. 131.

41. Wat geldt op het moment dat de bonus na een jaar is inverdiend, maar nog niet ter beschikking van de bonusgerechtigde komt. De netto tegenwaarde wordt na afdracht van loonbelasting vastgezet en gerelateerd aan de waarde van het aandeel op dat moment. Dus op tafel ligt een ton. De werkgever draagt de helft af aan de fiscus. Er resteert een netto bedrag van circa 50 mille. Het bedrijf koopt hiervoor aandelen in de topholding van het concern. Die aandelen blijven staan voor een periode van drie jaar. Gedurende die periode mag de functionaris er niet aankomen, ook niet als hij uit dienst gaat (om wat voor reden ook). Gaat het goed met het aandeel, dan komt na drie jaar een pakket aandelen ter beschikking dat een hogere waarde vertegenwoordigt dan de 50 mille van drie jaar terug. Gaat het slecht met het aandeel, dan deelt de gerechtigde in dat verlies. Wat is dit nu? STI of LTI? Oftewel: telt deze beloningscomponent nu mee in de B-factor of niet?
42. In Engeland zijn dit soort plannen inmiddels gemeengoed. Men refereert aan Deferred Share Bonus plans (DSB, inderdaad, een afkorting die ons ook om een andere reden bekend voorkomt). Meer dan de helft van de FTSE 350-bedrijven heeft een DSB-plan, ruim 60% van de FTSE 100-concerns voert een DSB-plan (dus: hoe groter het concern, des te hoger ligt het percentage concerns met een vorm van een DSB-plan). Soms gaan de DSBs gepaard met een *matching element*. Ik bedoel daarmee dat de gerechtigde werknemer extra aandelen ontvangt in verhouding tot het oorspronkelijk apart gezette bedrag, waarbij aan dat *matching element* vaak nog weer *performance conditions* zijn verbonden. Denk niet dat dit soort ontwikkelingen aan ons land voorbijgaan.
43. Kortom, het onderscheid tussen de STI en de LTI vervaagt. Het onderscheid tussen STI en LTI is bezig drijfzand te worden. Het is daarom tijd afscheid te nemen van de bonus als onderdeel van de B-factor. Dat standpunt is voor de buitencategorie van de werknemers die qua vast en variabel uitstijgen boven het maximumdagloon mede te beargumenteren aan de hand van de gedachte dat bij ziekte de wetgever in art. 7:629 BW terugtreedt en de werknemer die zo hoog in de beloningskolommen zit aan zijn lot overlaat. Indien werkgever en werknemer de bonus wel willen meetellen in de ontslagvergoeding, dan leggen ze dit vast in hun arbeidsovereenkomst. Doen zij dat niet, dan kan de ontbindingsrechter besluiten de STI buiten de berekeningen te houden. Ik beveel aan dat dit in ieder geval gebeurt ten aanzien van de DSBs.
44. Boot stelde in 2009 dat het binnen het bestaande systeem lastig was de bonus niet mee te tellen. Want waarin verschilt de bonus van het gewone loon, zo luidt zijn vraag. Mijn antwoord: in het feit dat het gaat om variabel loon en dus om een component waarop de werknemer niet vast kan rekenen. Een tegenvraag: waarin verschilt de pensioenpremie van het gewone loon? Want deze premie telt niet mee in de B-factor, daar is men het in de jurisprudentie over eens. De pensioenparagraaf heeft daarbij vaste vormen, indien men aansluit bij de laatstgenoten pensioenpremie (zonder rekening te houden met eventuele bijzondere eenmalige omstandigheden die een verhogend of verlagend effect op de premie betaling hadden). De werkgeversbijdrage in de pensioenpremie is in een eenvoudige procedure als de ontbindingsprocedure makkelijk bepaalbaar.⁴¹ Uit onderzoek van Knecht uit 2006 blijkt dat hogere inkomens hogere ontbindingsvergoedingen toegewezen krijgen. Niet

⁴¹ G.C. Boot, Hoe het wat van de beloning doorwerkt in het waarom en hoeveel van de ontslagvergoeding, *ArbeidsRecht* 2009/8/9, 39. Boot geeft aan dat de premie lastig te bepalen valt. Ik deel die visie niet, althans niet indien men gewoon de jaarlijkse werkgeversbijdrage aan de premie tot uitgangspunt neemt. Indien een werkgever daar geen zicht op heeft, dan zal de rechter naar billijkheid moeten schatten, wat in 685-verband toch al *the name of the game* is.

alleen vanwege het feit dat het maatgevende loon nu eenmaal hoger is. Hoe hoger het inkomen, des te meer maanden salaris ontvangt men als ontbindingsvergoeding. De formule beloont kennelijk de schouders van de veel verdiener.⁴² Als dit het bestaande systeem is, dan deugt het niet. Ik vermoed dat Boot er net zo over zal denken. Terzijde: Ook de slotzin van bepaling 3.5 van de Aanbeveling is het vermelden waard: “Ontslagvergoedingen worden niet betaald als het ontslag te wijten is aan ontoereikende prestaties.” De ontbindingenpraktijk ‘leeft’ juist van dit soort situaties. Dat is een feit van algemene bekendheid.

45. Ook de Code Frijns (in best practice bepaling II.2.8) en de Code Banken (in bepaling 6.3.2) beperken de ontslagvergoeding tot het vaste deel van de bezoldiging. Het is niet in dispuut dat de STI niet tot het vaste deel van de bezoldiging behoort. De Aanbeveling van de Europese Commissie van 30 april 2009 omtrent de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen stelt in bepaling 3.5: “Ontslagvergoedingen mogen niet hoger zijn dan een vast bedrag of een vast aantal jaarsalarissen, waarbij de vergoeding in de regel niet meer mag bedragen dan twee jaar van de niet-variabele beloningscomponenten of het equivalent daarvan.” Ik zie niet in waarom voor het lager management een andere meetlat gepast is. Ik taxeer dat als de ontbindingsrechter doof blijft voor deze materie en de kortetermijnbeloning blijft meenemen in de B-factor en dus in de ontslagvergoeding men op zeker moment bemerkt te zijn losgezongen van de realiteit.
46. Dat wil niet zeggen dat de ontbindingsrechter niet alle omstandigheden van het geval in zijn oordeel dient te betrekken. Natuurlijk moet hij dat doen. Maar bij de vertaalslag van de billijkheidstoets naar de harde getallen van een formule dient de B-factor zonder bonuscomponent te zijn. Mijn standpunt laat onverlet dat bijzondere omstandigheden in de C-factor tot uitdrukking kunnen worden gebracht.

⁴² R. Knecht, Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel, *SR* 2006/10, 59, p. 290 en p. 292. Knecht krijgt bijval van F.B.J. Grapperhaus, De kredietcrisis en de gemiste kansen in het arbeidsrecht, *TRA* 2009/5, p. 3-4. Grapperhaus stelt: “Hoe verder je klimt op de maatschappelijke ladder, hoe hoger de factor C automatisch wordt”.

6 Verslag van plenaire sessies

Beryl ter Haar¹

6.1 Opening plenaire sessie dag 1

Voorzitter: mr. J.J.M. de Laat

Panelleden: prof. mr. J.M. van Slooten

prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

dr. R.H. van het Kaar

prof. mr. L.G. Verburg

Sinds 2009 worden beide congresdagen afgesloten met een plenaire paneldiscussie met de zaal. Het doel van de discussie is om de stellingen van de inleiders nader te bespreken. De discussie vindt zowel tussen de panelleden plaats als met de zaal. De discussie op de vrijdag wordt per stelling geopend met een korte terugkoppeling van opmerkelijke of belangwekkende punten die tijdens de discussies in de vijf werkgroepen naar voren zijn gebracht. De discussie op zaterdag wordt door de panelleden geopend.

Omwille van de tijd zijn niet alle stellingen bediscussieerd. De stellingen die aan de orde zijn gekomen, zijn bediscussieerd zoals ze zijn ingebracht. Geen van de stellingen is in stemming gebracht.

Wegens ziekte van inleidster Mijke Houwerzijl, zijn haar stellingen niet bediscussieerd.

6.2 Stellingen prof. mr. J.M. van Slooten

Stelling 1.

Als er geen afspraken zijn gemaakt tussen partijen maar er wordt arbeid geleverd en gezag uitgeoefend, dan zou het voor de vraag of er een arbeidsovereenkomst is niet moeten uitmaken door wie het loon aan de werker wordt betaald.

Stelling 2.

De term “loon” kan beter vervangen worden door “arbeidsvoorwaarden” (zie artt. 7:613 en 7:646, 648 en 649 BW en artikel 1 Wet CAO). Dat is consistent en meer up-to-date.

¹ mr. B.P. ter Haar is promovenda verbonden aan het project ‘Hervorming sociale zekerheid’, afdeling Sociaal Recht, faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.

Stelling 3.

Inperkingen op het loonbegrip in titel 7.10 BW zijn soms niet duidelijk, niet consequent en/of niet actueel.

Stelling 4.

Informatieverplichtingen t.a.v. het loon worden belangrijker en schending daarvan kan meer impact hebben dan tot nu toe verondersteld.

Stelling 5.

De mogelijkheid om het all-in uurloon toe te passen op “kleine contracten” moet in de wet worden verduidelijkt.

Stelling 6.

De bepalingen van afdeling 7.10.2 BW zijn onvoldoende toegerust op de hedendaagse verschijningsvormen van variabel loon.

Alleen stellingen 4 en 2 zijn bediscussieerd. In het verslag wordt deze volgorde ook aangehouden.

Stelling 4

Daartoe door de voorzitter uitgenodigd, opent **Derhaag** de discussie over stelling 4 met een terugkoppeling van de belangrijkste punten van de discussie in werkgroep 1. In werkgroep 1 was er algemene instemming dat informatieverplichting belangrijk is. Er is ook onderschreven dat er feitelijk al sprake is van een vergaande informatieverplichting op grond van het goed werkgeverschap. Ten aanzien van de informatieverplichting voorziet werkgroep 1 wel problemen in specifieke situaties. Als voorbeeld is aan de orde gekomen de situatie van een overgang van onderneming waarvan nog twijfelachtig is of het wel een overgang is en de werkgever dit graag anders zou willen interpreteren. In een dergelijk geval is voorstelbaar dat de werkgever liever niet gebonden is aan een informatieverplichting. In kleine bedrijven heeft hij deze op grond van artikel 7:665 BW.

Namens werkgroep 2 meldt **Vestering** dat ze het in grote lijnen eens waren met de stelling. Daar is wel de kanttekening bij geplaatst dat de rechtspraak op dit punt met name ziet op arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming of onderdelen van arbeidsvoorwaarden, zoals niet strikt genomen het loon alleen, maar ook het pensioen. Voorts is de stelling besproken in combinatie met stelling 1. Daarbij was de vraag wat er gebeurt als iemand (formeel en niet materieel) van een werkgever over gaat naar een *payrolling* bedrijf als later blijkt dat er geen werk meer is bij de inlener (materieel werkgever) en het payrollbedrijf (formele werkgever) de betreffende werknemer ontslaat? Kan de werknemer zich dan beroepen op het feit dat hij zich niet heeft gerealiseerd dat het ontslag een gevolg zou kunnen zijn van die overgang en vervolgens weer terugvallen op het oorspronkelijke contract met de (dan alleen nog materiële) werkgever, de inlener? In de werkgroep wordt dit gezien als een reële mogelijkheid.

Sprengers vult vanuit werkgroep 3 aan, dat ook bij hen de conclusie was dat de informatieverplichting belangrijk is en belangrijker wordt. Niet alleen omdat het onderdeel uit maakt van het goedwerkgeverschap, maar ook omdat de beloningsarrangementen ingewikkelder worden, waardoor de noodzaak om duidelijk te maken wat het inhoudt en wat voor perspectieven het biedt ook groter wordt. Daarnaast is de stelling in relatie met stelling 5 besproken. Als een werkgever werkt met *all-in* uren neemt het belang van een goede informatieverschaffing toe over wat er

allemaal in het loon inbegrepen is. In die zin kan de informatieverplichting van de werkgever ver reiken.

De voorzitter koppelt zelf terug uit werkgroep 4, waar de discussie zich heeft toegespitst op de vraag hoe het zou moeten bij werkgevers die gebruik maken van een incorporatiebeding. Daarbij zou gesteld kunnen worden dat een informatieverplichting ten aanzien van het loon wel interessant is. Ook is gesproken over een uitbreiding van artikel 7:655 BW, waar al informatieverplichtingen in staan, op het punt van informatie over wijzigingen. Een uitbreiding van dit artikel zou een grotere impact kunnen hebben. Verder is vermeld dat wanneer de informatieverplichting wordt geplaatst in andere situaties of leerstukken, zoals dwaling, er ook wel verwacht wordt dat de werknemer zelf wat alerter is. Juist in een informatietijdperk als deze waarin de werknemer zelf het een en ander kan (uit)vinden.

Beltzer voegt namens werkgroep 5 toe dat hun conclusie is dat de informatieplicht in het algemeen de laatste jaren aan belang is toegenomen. Dit blijkt ook uit de zaken zoals *Bos/Pax*² en *Rabobank*³. Dat de informatieverplichting belangrijker wordt heeft volgens werkgroep 5, net als werkgroep 3, ook te maken met de steeds ingewikkelder loonvormen die voorkomen. Gedachten zijn ook nog gewisseld over het woord 'impact' in de stelling, in het bijzonder in de context van verschillende sancties die kunnen worden gesteld op het schenden van de informatieverplichting. Ten aanzien van informatieverplichting in het kader van pensioen vraagt **Beltzer** persoonlijk zich af of dat wel een gelukkige vergelijking is met een maandelijkse loonbetaling.

Na deze terugkoppeling opent de **voorzitter** de discussie door een ieder uit te nodigen aanvullingen dan wel aanmerkingen te maken. **Heerma van Voss** gaat hierop als eerste in en merkt op dat het door werkgroep 1 gegeven voorbeeld van mogelijke problemen ten aanzien van de informatieverplichting in geval van een overgang van onderneming wellicht niet opgaat: of er is een overgang van onderneming en dan heeft de werkgever een informatieverplichting of het is geen overgang en dan is er ook geen informatieplicht. Indien er toch onduidelijkheid is en de werkgever er voor kiest om dan geen informatie te verstrekken, dan ligt dit in de risicosfeer van de werkgever mocht het achteraf toch een overgang van onderneming blijken te zijn. **Verburg** reageert met de opmerking dat het bedrijfsleven in de praktijk juist vaak graag ziet dat er sprake is van een overgang van onderneming en derhalve ernaar streeft dat de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing zijn. **Plantenga** merkt op dat het in de praktijk juist vaak geen zwart/wit keuze is of er al dan niet sprake is van een overgang van onderneming. De vraag is dan ook hoe een werkgever daarmee om moet gaan. Moet die zijn visie aan de werknemers voorleggen en deze vervolgens zelf advies laten inwinnen? Voldoet de werkgever daarmee aan zijn informatieverplichting en schendt hij deze derhalve alleen als hij helemaal niets zegt? In het verlengde hiervan vraagt de **voorzitter** zich af in welk leerstuk dit zou moeten worden geplaatst?

Naar het oordeel van **Van Slooten** kan een werkgever niet volstaan met het onthouden van informatie als er naar zijn oordeel geen sprake is van een overgang van onderneming. Ook als er naar het oordeel van een werkgever geen sprake is van een overgang van onderneming, heeft een werkgever op grond van artikel 7:611 BW de plicht om iets aan informatie te verstrekken over de keuze die voorlag en de gevolgen van de gemaakte keuze. Goed werkgeverschap in combinatie met artikel 7:655 BW kan een kapstuk zijn voor de beoordeling van dergelijke vragen. **Heerma van Voss** onderstreept dit met de opmerking dat het zo kan zijn dat er iets verandert in de onderneming, niet zo vergaand als een overgang van de onderneming, dat van belang is voor de werknemers. Het is dan aan de werkgever om daar informatie over te verstrekken aan de werknemers, die dan vervolgens

² HR 26 juni 2009, *RAR* 2009/123.

³ HR 26 oktober 2007, *LJN*:AZ9122, *RAR* 2008/3.

zelf kunnen bedenken wat dit voor hen betekent en wellicht tot een andere conclusie komen, bijvoorbeeld dat het wel een overgang van onderneming is. **Plantenga** vat samen dat het er dus op neer komt dat de werkgever zijn keuzes transparant moet maken, zoals het gemotiveerd inlichten van de werknemers.

Ten Have vraagt zich af wat het panel ziet als mogelijke sancties (impact) van een schending van de informatieverplichting door de werkgever. **Van Slooten** denkt dat op het moment dat er wordt aangenomen dat er een informatieverplichting is, de schending daarvan een wanprestatie is, waarop de sancties kunnen worden toegepast die de wetgever hiervoor heeft geregeld. Dogmatisch gezien is het denkbaar dat dit bij een normale toepassing van de wet er toe kan leiden dat daar geld aan vast zit dat gelijk zou kunnen zijn aan de gemiste waarde van die tekortkoming. Ter illustratie haalt Van Slooten het voorbeeld aan van een ex-pat die niet goed geïnformeerd is over de *tax-equalisation*. Ook al is de ex-pat op grond van een algemene wet verplicht om de niet betaalde *tax-equalisation* alsnog te betalen, als hij niet op de hoogte was, of zich het aspect nooit heeft gerealiseerd, zou kunnen worden aangenomen dat er een informatieverplichting is en dat bij afwezigheid van verstrekte informatie deze plicht is geschonden en dat de werkgever de belastingvordering moet vergoeden. De **Voorzitter** vraagt zich af of een dergelijk aanname betekent dat een dergelijke situatie dan niet meer via een leerstuk als dwaling kan worden opgelost: gebrek aan informatie waardoor dwaling is ontstaan. **Van Slooten** beaamt dat dit ook een denkbare benadering en impact kan zijn. Er zijn immers verschillende casusposities denkbaar, met ieder andere wegen die leiden tot een bepaalde sanctie. Zo is een andere casus die van een optieregeling waar veel onduidelijkheid over is en waar de werknemer uiteindelijk wellicht vrijwel geen dan wel onvoldoende voordeel uit haalt, bijvoorbeeld vanwege de af te dragen belasting of omdat het met het bedrijf eigenlijk slecht gaat. Met name als de bedrijfsleiding van het laatste al op de hoogte was, zou bij het achterwege blijven van informatie al snel sprake kunnen zijn van wanprestatie, terwijl dwaling hier wellicht minder gemakkelijk een oplossing voor biedt. **Buijs** vult aan dat een beroep op dwaling vooral een kans van slagen heeft op het moment dat er foute informatie is verstrekt, zoals in de zaak van het Schweitzer ziekenhuis⁴ en dat wanneer er gebrekkige informatie is verstrekt een schadevergoedingsactie meer zinvol lijkt.

Dit deel van de discussie wordt afgesloten met de opmerking van **Verburg** dat eenieder er vanuit gaat dat de werkgever degene is die niet helemaal juist informeert, terwijl een deel van zijn betoog juist ging over werknemers die het verhaal niet helemaal goed vertellen en daarom veel hogere bonussen ontvangen. In dit kader is zijn gedachte dat de *claw back* niet zo nodig is, omdat het gewone verbintenissenrecht/artikel 7:611 BW al voldoende mogelijkheden biedt om het teveel betaalde terug te vorderen.

Stelling 2

Ten aanzien van stelling 2 meldt **Sprengers** dat werkgroep 3 een 'conservatieve' werkgroep is, omdat ze zich vooral hebben afgevraagd welk probleem er wordt opgelost, indien men de term "loon" vervangt door de term "arbeidsvoorwaarden". Loon is een arbeidsvoorwaarde, maar of iedere arbeidsvoorwaarde ook loon is ...? De werkgroep voorziet daarin toch wel wat problemen, met name bij de toepassing en denkt dat iets van een loonbegrip toch wel nodig blijft. Er is in de werkgroep dan ook niet veel draagvlak voor de stelling. Wel is men het eens dat het begrip "loon" nader en uitgebreider gedefinieerd kan worden. **Verhulp** bevestigt dat dit in werkgroep 5 niet anders was, ondanks het feit dat hij heeft geprobeerd het erdoor te jagen. Arbeidsvoorwaarden is als begrip veel ruimer dan loon en in de sfeer van waardering in geld kun je hele grote problemen verwachten. Daarmee zouden eigenlijk meer problemen ontstaan dan die ermee worden opgelost.

⁴ HR 19 september 2003, *Marks/Albert Schweitzer Ziekenhuis*, JAR 2003/244.

In werkgroep 4 was iets meer sympathie voor de stelling, zo rapporteert de **voorzitter**. In die zin dat men het eens was dat de term “loon” inderdaad beter vervangen kan worden door een andere term. Duidelijk is dat het nu te veel problemen oplevert, vooral omdat het begrip te beperkt lijkt te zijn. Met welke term het begrip dan zou moeten worden vervangen is een lastige vraag. In de discussie in werkgroep 4 zijn woorden genoemd als “bezoldiging”, waarbij teruggegrepen kan worden op boek 2 BW, “honoreringsspakket” en “remuneratie”. Geopperd is ook om te kijken naar het ambtenarenrecht, hoewel daar ook wel problemen zijn, zoals het feit dat ook dan de leaseauto er niet onder valt. Duidelijk was in elk geval dat het begrip “loon” niet moet worden vervangen door het begrip “arbeidsvoorwaarden”, omdat dat begrip te breed is. Het omvat bijvoorbeeld ook arbeidstijden.

In zijn reactie voert **Van Slooten** een voorbeeld aan die Verhulp heeft gegeven in de werkgroep: een vrouw die Verhulp stolkt met het feit dat ze vindt dat haar arbeidsvoorwaarden zijn aangetast, omdat haar parkeerplaats is verplaatst, waardoor ze nu twee minuten langer moet lopen naar haar werkplek. Door dit voorbeeld begon Van Slooten aan zijn eigen stelling te twijfelen. Hoewel hij twijfelt aan het waarheidsgehalte van het voorbeeld – waarvan Verhulp bevestigt dat het echt waar is – is hij van mening dat het begrip “loon” toch wel moet worden vervangen door een ander begrip. Wat hem betreft maakt het niet zo heel veel uit welk woord daarvoor wordt gekozen, als maar duidelijk is dat er bepaalde gaten zitten in de systematiek, zoals bijvoorbeeld de gefixeerde schadeloosstelling. Het begrip “arbeidsvoorwaarden” lijkt hem toch nog het meest geschikt. Hij plaatst de kanttekening dat er kantonrechters zijn die uitleggen dat een schadevergoeding geen arbeidsvoorwaarde is. De **voorzitter** (zelf kantonrechter) haakt hierop in met de opmerking dat in dat geval het begrip inderdaad eng moet worden uitgelegd.

Heerma van Voss meldt in het verlengde van de opmerking over de gefixeerde schadevergoeding dat in werkgroep 4 de volgende vraag aan de orde is gekomen: Als het begrip “loon” wordt vervangen door het begrip “arbeidsvoorwaarden”, en ik heb een mobiele telefoon van mijn werkgever, moet daar in geval van ontslag dan een fractie van worden meegeteld in de berekening van de gefixeerde schadevergoeding? Wordt het daarmee niet veel te ingewikkeld en is er daarom niet wel bewust gekozen voor alleen de geldelijke vergoeding? **Van Slooten** beaamt dat dit het geval zou kunnen zijn en dat dit op zijn minst is bedacht in een tijd dat er nog geen mobiele telefoons bestonden.

Vanuit **de zaal** wordt nog opgemerkt dat er sprake is van gefixeerde schadevergoeding, maar als je alle andere arbeidsvoorwaarden ook wilt meenemen, zou je eigenlijk moeten gaan voor een volledige schadevergoeding. Het probleem ligt dus eigenlijk niet bij het betalen van ‘wat dan ook’ bij een in niet in achtgenomen opzegtermijn. **Van Slooten** reageert dat hier nog wel een ‘boom over valt op te zetten’, omdat er dan weer andere dingen in worden meegenomen. Zoals of iemand die in zijn vijfde maand van de opzegtermijn ander werk heeft gevonden, nog wel alle schade kan vorderen. Dat blijft voor Van Slooten een inconsistent systeem.

Vanuit deze discussie maakt de **voorzitter** een bruggetje naar de eerste stelling van Heerma van Voss. Zie voor een weergave hiervan onder § 6.3.

6.3 Stellingen prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Stelling 1.

Scholing is een arbeidsvoorwaarde.

Stelling 2.

Bekostiging van scholing dient door beide partijen in onderling overleg te worden geregeld, waarbij een grotere eigen bijdrage van de werknemer mag worden verwacht naarmate de scholing hemzelf meer en de werkgever minder ten goede komt.

Stelling 3.

In de ontslagvergoeding mag worden verdisconteerd of beide partijen voldoende initiatieven voor scholing hebben genomen.

Alleen stellingen 3 en 1 zijn besproken. In het verslag wordt deze volgorde niet aangehouden, omdat de discussie over stelling 1 aansluit op de discussie over stelling 2 van Van Slooten.

Stelling 1

Van Slooten opent de discussie over stelling 1 in aansluiting op die over zijn tweede stelling, met de overweging dat als de conclusie is dat er een hogere ontslagvergoeding moet worden betaald als er geen scholing is aangeboden, en scholing wordt geaccepteerd als een arbeidsvoorwaarde, daar een inconsistentie in lijkt te zitten. Naar zijn idee is een arbeidsvoorwaarde iets dat moet worden afgesproken. Als gebrekkige scholing leidt tot een hogere ontslagvergoeding, dan wordt scholing als arbeidsvoorwaarde indirect afgedwongen. Het is alsof er achteraf aan de afgesproken en uitonderhandelde arbeidsvoorwaarden wordt gemorreld. Stel dat vooraf is overeengekomen dat de werknemer een *fancy* mobiele telefoon krijgt in plaats van uitgebreide scholing, hoe verhoudt zich dat dan met de gedachte dat de werkgever hierop later in de ontslagvergoeding wordt afgerekend? Het aanvaarden van de stelling staat volgens Van Slooten dan ook op gespannen voet met de ontslagvergoeding. De **voorzitter** merkt op dat hem is opgevallen dat in de cao van de particuliere beveiligers scholing helemaal is uitgewerkt. Daarmee wordt het toch bijna een arbeidsvoorwaarde. **Van Slooten** ziet in dat er afspraken over gemaakt kunnen worden en dat het in die zin een arbeidsvoorwaarde zou kunnen zijn. Dat betekent tevens dat het onderdeel is van de totale beloning en daarmee ook onderwerp van een discussie die achteraf niet meer te reconstrueren valt. Als rechter zijnde zou je daar niet in moeten willen gaan zitten wroeten. **Verburg** haakt in met de opmerking dat Van Slooten een wel sterk contractuele benadering heeft, terwijl hij zelf het onderwerp toch meer ziet als een maatschappelijke verplichting van werkgevers die mensen uitstoten richting de arbeidsmarkt. Het is meer een goed werkgeverachtige gedachte die maakt dat de werkgever maatschappelijk gezien mede verantwoordelijk is voor het creëren van werkzekerheid, meer dan baanzekerheid, door het nemen van initiatieven op het gebied van scholing. Naar zijn idee staat de discussie over de ontslagvergoeding los van de vraag of scholing al dan niet een arbeidsvoorwaarde zou moeten zijn. De **voorzitter** sluit deze discussie af met de opmerking dat dit tot de bredere discussie leidt: Wat is een arbeidsvoorwaarde?

Stelling 3

Verhulp meldt dat stelling 3 niet aan de orde is geweest in werkgroep 1. **Vestering** meldt dat in werkgroep 2 alleen over de stelling is gestemd met als uitslag dat men de stelling onderschrijft. In werkgroep 3 is niet gestemd over de stelling, maar wel gediscussieerd. Daarbij is een aantal interessante opmerkingen gemaakt, aldus rapporteur **Sprengers**. De eerste opmerking is dat wederzijdse scholingsinspanningen nu toch ook al worden verdisconteerd in de ontslagvergoeding als deze worden aangevoerd. Tweede opmerking die is gemaakt betreft de tweede helft van de stelling, namelijk dat 'beide partijen voldoende initiatieven voor scholing hebben ondernomen'. Gaat 'initiatief nemen' zover dat van de werknemer kan worden verlangd dat hij zelf met initiatieven komt of gaat het er vooral om dat hij voldoende op initiatieven van de werkgever ingaat en daaraan

meedoet? Daarmee is in de werkgroep onder meer overwogen dat dit mede afhankelijk is van welke functie je vervult en in welke mate je eisen aan *employability* kunt stellen. In het kader van de ontslagvergoeding zal in de meeste gevallen wel worden gekeken naar de mate waarin de werknemer heeft ingespeeld op initiatieven van de werkgever. Als voorbeeld is genoemd een werkgever die vanaf het begin van de arbeidsrelatie bezig is met het aanbieden van een taalcursus aan Turkse werknemers. Werknemers die daar onvoldoende aan hebben meegewerkt, krijgen dit tijdens een ontslagprocedure in de ontslagvergoeding terug op hun bord.⁵

In werkgroep 4 wordt de stelling in het algemeen wel onderschreven en is vooral gediscussieerd over de vraag hoe die scholingsinitiatieven dan moeten worden gewaardeerd. De **voorzitter** licht toe dat daarbij gedacht is aan of er dan gewerkt moet worden met een absoluut getal of dat er een schatting moet worden gemaakt. Bijvoorbeeld, een werkgever heeft een half jaar van te voren een cursus betaald en wil bij het ontslag de kosten van de cursus terug dan wel zijn deel van de kosten (absoluut getal). In lijn met de gedachte van het maken van een schatting is de meer principiële vraag aan de orde gekomen waarom een werkgever überhaupt scholing zou willen aanbieden. Waarom zou hij zich in dat mijnengebied willen begeven? En als hij dan al scholing aanbiedt, zou hij dat dan niet heel gericht moeten doen, met name als het einde van een arbeidsovereenkomst in zicht komt? Daarbij is het dan nog steeds wel mogelijk om een scholing aan te bieden die wat breder is dan het vervullen van de functie. Dit zou ook wel moeten kunnen in een eerder stadium. Punt is dat de waarde daarvan dan geschat moet worden. Ten slotte is opgemerkt dat het bij MKB-ers, vooral bij de kleine werkgevers, wel een heel lastige, zware, verplichting kan worden: opzetten en aanbieden van scholing, het bekostigen daarvan en dat meenemen in een ontslagzaak. Is het voor een MKB-er wel werkbaar en betaalbaar?

Beltzer licht toe dat de discussie in werkgroep 5 bijna een kopie is van die van werkgroep 3. De conclusie was bij hen ook dat veel afhangt van de functie waar de werknemer in zit.

Onder verwijzing naar het artikel in de TRA over de berekening van de vergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag⁶, merkt **Verhulp** op dat als deze auteurs gelijk hebben, het scholingsaspect al een plaats heeft in de schade die een werknemer lijdt bij ontslag of de verkorting van de werkloosheidsduur die een werknemer kan genieten als hij goed geschoold is. In die zin wordt het dus al verrekend in de kennelijk onredelijke ontslagvergoeding. Daarmee doet hij een oproep aan kantonrechters om hier ook rekening mee te gaan houden bij de berekening van ontbindingsvergoedingen. **Buijs** pakt de handschoen graag op, met dien verstande dat wel een technisch onderscheid moet worden gemaakt tussen de beide procedures. Bij de kennelijk onredelijke ontslagprocedure speelt de vraag of scholing voldoende verdisconteerd kan worden in de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is ja of nee. Vervolgens moet men kijken wat de schade is bij een bevestigend antwoord van het kennelijk onredelijke karakter. Zo is er een uitspraak waarin overwogen is dat scholing aangeboden had moeten worden (B-grond), maar het zou niets geholpen hebben.⁷ Dat neemt niet weg dat, zoals ook blijkt uit de aanbevelingen van de kantonrechters, er goed moet worden gekeken naar de wederzijdse scholingsinitiatieven. Overigens hangt dat volgens Buijs ook heel erg af van hoe er over wordt geprocedeerd. Zijn ervaring is dat met name in kennelijk onredelijke ontslagprocedures werknemers het punt aanvoeren. De discussie wordt geleid door

⁵ Ktr. 's-Gravenhage 30 mei 2007, *JAR* 2007/170.

⁶ Heerma van Voss, G.J.J. & Laat, J.J.M., de & Sagel, S.F. & Verhulp, E. (2010), '[Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010](#)', *TRA* 2010/5, 47.

⁷ Ktr. Amsterdam 13 november 2006, *JAR* 2007/3.

vragen als of er wel iets had moeten worden aangeboden en zo ja, hoeveel en of dat dan ook iets zou hebben uitgemaakt.

Wetzels pakt de handschoen eveneens op om deze vervolgens neer te leggen bij de advocaten van werkgevers. Hem is namelijk opgevallen dat je in ontbindingszaken nauwelijks meemaakt dat een advocaat van de werkgever benadrukt wat de werkgever allemaal heeft aangeboden aan scholing. Als werkgevers scholing meer gaan aanbieden en concretiseren en aan de hand daarvan aannemelijk maken dat de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt veel groter zijn, wordt het voor de (kanton)rechter veel moeilijker om het weg te schuiven en zullen ze er dus ook meer rekening mee gaan houden.

Ter verdediging van en toelichting op zijn stelling gaat **Heerma van Voss** eerst nader in op de vragen en opmerkingen die betrekking hebben of het wel mogelijk is om de scholingsinitiatieven te verdisconteren in de ontslagvergoeding en zo ja, hoe dit dan moet worden gedaan. Hij erkent dat dit mede afhankelijk is van het soort procedure. Als het gaat om een ontbindingsprocedure met toepassing van de kantonrechtersformule, dan speelt het meer een rol in de correctiefactor dan dat het een vast bedrag is dat wordt meegeteld. Bekijkt men de scholingsvraag als een schade aspect, dan wordt er meer naar het resultaat gekeken. De werknemer is door de scholing beter toegerust voor de arbeidsmarkt, dus is minder vergoeding nodig. Het kan dus allebei – schatting en absoluut bedrag – aan de orde zijn. Daarom ook is de vraag open gehouden, omdat het idee op verschillende manieren kan worden uitgewerkt.

De **voorzitter** is benieuwd naar hoe Heerma van Voss zou willen begroten dat scholing effect heeft gehad of zou kunnen hebben gehad op het vinden van een andere baan? Hij verwijst hierbij naar een recente uitspraak van het Hof Arnhem, waarin het hof tot de conclusie was gekomen dat bij een outplacement bureau het resultaat 89,9% was van mensen die via hen weer aan het werk waren gekomen. Dat dit werd meegenomen in de berekening van de vergoeding kan hij zich goed voorstellen. Maar hoe kan je dit nu doen bij scholing? Hoe kan worden begroot dat door wel of geen scholing sneller een baan is of wordt gevonden? **Heerma van Voss** trekt dit door tot de meer algemene vraag hoe de vergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag wordt begroot: wat wordt hoe meegewogen in de vergoeding? Dat veronderstelt dat er een criterium is waarbij je kan vaststellen hoe groot de schade zal worden. Met betrekking tot de toekomstverwachting zal dit altijd een schatting zijn. Daarvoor moet dan een criterium of aanname worden gedaan of op basis van een onderzoek worden gezegd dat dit voor die werknemer in die sector gemiddeld een zo lange werkloosheid betekent. Na een dergelijke vaststelling of schatting zou kunnen worden gekeken of scholing hierin verschil kan uitmaken. Heerma van Voss realiseert zich dat hier veel aannames in zitten, maar die zullen nu eenmaal altijd moeten worden gemaakt. Het gaat immers om een schatting van de schade bij benadering. Anders dan bij de toepassing van de kantonrechtersformule wordt bij de schatting van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag wel wat meer verwacht.

Verburg spreekt in dit kader zijn gedachte uit dat je begint met een aanname over het aantal maanden dat een dergelijk betreffende persoon werkloos zou zijn en de invloed die scholing op dat aantal maanden kan hebben. Het begroten van het bedrag is vervolgens helemaal geen onderwerp meer, want dat is dan alleen nog een kwestie van de duur van de te verwachte werkloosheidsperiode. Is dit bijvoorbeeld 4-6 maanden, dan vindt er aftrek of bijtelling plaats van het aantal maanden dat iemand naar verwachting korter dan wel langer in werkloosheid verkeert als gevolg van die scholing of niet-scholing. Eventueel valt ook nog mee te tellen een bedrag voor (extra) scholing in de periode van werkloosheid. Zijns inziens moet het begroten van de vergoeding los worden gekoppeld van het bepalen van de schade. Het bepalen van de schade is het wezenlijke onderwerp. Daar hoort vervolgens een berekening bij en die kunnen we maken. Als de rechter tot het oordeel komt dat de te vergoeden schade ziet op de gedachte dat de betreffende werknemer

ongeveer een jaar werkloos zal zijn, kan iedereen uitrekenen wat dat jaar financieel min of meer betekent voor de werkgever.

Van Slooten sluit zich aan bij deze benadering, maar maakt een kanttekening bij het voorbeeld, omdat de kans dat een beroep van een werknemer op het effect van scholing op de duur van de werkloosheid zal slagen heel klein is. Het vergt namelijk van de werknemer dat hij dit aannemelijk moet maken. Hij moet dan aanvoeren dat het redelijk was geweest als zijn werkgever een bepaalde opleiding had aangeboden, want het was voor handen of het was niet te duur, en dat dit ook verschil zal gaan uitmaken op de duur van zijn werkloosheid. Dat lijkt hem een heel moeilijk verhaal voor een werknemer. De benadering die hij in de discussie proeft en ook meer algemeen in de politiek, gaat veel meer uit van een soort punitief: de werkgever heeft geen scholing aangeboden in het algemeen en dus heb je de werknemer in de kou laten staan en dus zul je daar een bepaald bedrag voor moeten betalen. Maar als je dit dan in de praktijk moet toepassen en gaan uitrekenen, dan wordt dat moeilijk om daar veel invloed aan toe te kennen.

Met betrekking tot het MKB merkt **Heerma van Voss** op dat de vraag naar wat er aan scholingsinitiatieven van de kleine werkgever mag worden verwacht in dezelfde sfeer ligt als de vraag wat er aan ontslagvergoeding mag worden gevraagd van een dergelijke werkgever. Scholing kan daarin op dezelfde manier worden meegenomen en meegewogen, zoals of scholing bij het bedrijf in kwestie mocht worden verwacht of niet. Indien niet, dan zou het heel wel buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Een en ander hangt af van de situatie bij de onderneming, de omvang van het bedrijf en dergelijke. **Van het Kaar** vindt dit een te technisch verhaal worden. Naar zijn mening zit er een heel principieel punt in dat ook speelt bij de WAO, loondoorbetaling bij ziekte en dergelijke, namelijk dat in een klein bedrijf het veel moeilijker is brede scholing aan te bieden dan in een groot bedrijf. Er is dus een soort macro probleem, genaamd *employability*, terwijl er hier wordt gediscussieerd op het niveau van de individuele werkgever en werknemer. De vraag is hoe ver je wilt gaan in het oplossen van macro problemen, of meso problemen als je het op sectoraal niveau hebt, in het opleggen van verplichtingen aan de individuele werkgever en werknemer, zoals scholing. **Heerma van Voss** legt uit dat dit precies de reden is waarom in de stelling het woord 'mag' staat en niet het woord 'moet'. Door het gebruik van het woord 'mag' wordt aan de rechter enige ruimte en vrijheid geboden te beoordelen in hoeverre het in de gegeven situatie redelijk is scholing in de ontslagvergoeding te verdisconteren.

Koot-van der Putte merkt aansluitend op de opmerking van Van het Kaar over het macro-niveau op, dat in het regeerakkoord van najaar 2010 een regel is opgenomen waarin staat dat er plannen zijn om het toetsingskader voor algemeen verbindendverklaring (AVV) van cao's volgend jaar aan te gaan passen. Deze aanpassing betreft juist het punt van scholing en *employability*. Het kabinet lijkt daarmee te willen aangeven dat er op macro-niveau behoefte is AVV te onthouden aan die cao's waarin geen afspraken zijn gemaakt over deze onderwerpen. Zij ziet dit als een sterk signaal van hoger hand voor het opleggen van verplichtingen op het individuele niveau.

Plantenga vraagt zich af of hoever een dergelijke scholingsverplichting zou kunnen gaan. Betreft het vooral scholing die ziet op het verwerven van een betere kwalificatie voor de eigen functie of gaat het ook om scholing die de werknemer meer algemeen breder en beter inzetbaar moet maken op de arbeidsmarkt? In de eerste situatie, een wat engere invulling van de scholingsverplichting, gericht op de functie, komt het hem voor dat daar makkelijker handen en voeten aan gegeven kan worden. Bij een ruimere uitleg ziet hij de verplichting meer richting outplacement trajecten en dergelijke gaan, wat hem lastiger lijkt vorm te geven, maar vooral ook geen goede ontwikkeling lijkt. **Heerma van Voss** is van oordeel dat scholing wel veel ruimer moet worden gezien dan alleen de scholing voor de eigen job. De vraag is wel of dat dan betekent of dit outplacementtrajecten moet inhouden. Dat lijkt hem een ander uiterste. Tegenwoordig lijken werkgever en werknemer wel al zover te zijn dat scholing niet alleen meer is gericht op de eigen functie. Zelfs niet in een klein bedrijf, want ook daar

speelt dat werknemers regelmatig ander werk moeten gaan zoeken en dus moeten denken aan hun *employability*. Het is wel zo dat van een klein bedrijf minder kan worden verwacht aan investering in die scholing. Het zal dus een kleinere scholing zijn. Zolang er maar wordt nagedacht over waar de werknemer naar toe moet of kan gaan als er over een paar jaar geen werk meer is bij die kleine werkgever.

Verburg haakt in op 'outplacement' dat een aantal keer in de discussie is genoemd. Naar zijn mening geldt hiervoor dat, in elk geval in de grotere bedrijven, de tendens veel meer is gericht op mobiliteitscentra. Hij beschouwt dit als een ruimere inspanning en kostbaardere investering dan uitsluitend outplacement. In die zin doet deze tendens ook meer recht aan het idee van scholing.

Plantenga is het wel eens met deze visie. Maar zowel outplacement als mobiliteitscentra zien expliciet op de situatie dat duidelijk is dat een werknemer op zoek moet naar ander werk, bijvoorbeeld na een reorganisatie. Punt is dat het om scholing moet gaan die juist daarop anticipeert en vooruit ziet.

Na rondvraag te hebben gedaan of iemand nog iets wil inbrengen over een stelling die niet aan de orde is gekomen sluit de voorzitter de plenaire discussie van de eerste dag.

6.4 Opening plenaire sessie dag 2

Voorzitter: mr. J.J.M. de Laat

Panelleden: prof. mr. J.M. van Slooten

prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

dr. R.H. van het Kaar

prof. mr. L.G. Verburg

De discussie wordt geopend met een animatiefilmpje van RSA Animate, *Drive: The surprising truth about what motivates us*, ingebracht door **Verhulp** over het effect van bonussen op de prestatie van werknemers. Zoals de geselecteerde illustratie uit de animatie laat zien, kan deze wel eens anders zijn dan verwacht.



Het filmpje is te zien op youtube: <http://www.youtube.com/watch?v=u6XAPnuFijc>.

De stellingen van dag twee zijn niet in werkgroepen besproken. Omwille van de tijd is van beiden inleiders alleen de eerste stellingen aan de orde gekomen.

6.5 Stellingen dr. R.H. van het Kaar

Stelling 1.

Het instemmingsrecht ten aanzien van beloningssystemen (art. 27 lid 1 onder c WOR) voldoet niet (meer) aan de eisen van deze tijd.

Stelling 2.

De toegevoegde waarde van de nieuwe OR-rechten ten aanzien van beloningen is vrijwel nihil.

Van het Kaar licht zijn eerste stelling kort toe. In een wat grotere organisatie is er gauw de behoefte iets collectiefs te maken van dingen die voor veel mensen van toepassing zijn. Hoewel er wel een individualiseringstendens kan worden waargenomen, is dat niet altijd realiseerbaar dan wel wenselijk vanuit het oogpunt van transactiekosten. Het arbeidsrecht, en in het bijzonder de WOR, gaat er ten principale vanuit dat werknemersvertegenwoordigers iets (mede) te zeggen hebben over dergelijke collectieve regelingen. Vanuit dit principe ligt het voor de hand ook aan nieuwe beloningsvormen en -systemen een vorm van medezeggenschap te koppelen. De bestaande vorm, het instemmingsrecht van artikel 27 lid 1 onder c WOR, werkt niet. Daarom moet er volgens Van der Kaar iets anders voor komen.

Sprengers wijst in dit kader op de wijze waarop de rechtspraak de medezeggenschap met betrekking tot beloningssystemen heeft ingevuld. Zo heeft de Hoge Raad nog eens duidelijk bevestigd dat de

ondernemingsraad niet over primaire arbeidsvoorwaarden gaat. Andere rechtspraak richt zich op de vraag of wijzigingen in beloningssystemen invloed hebben op de onderlinge rangorde. Dit wordt zo uitgelegd, dat als het een wijziging is die voor iedereen geldt, er ondanks de systeemwijziging geen instemmingsrecht is, indien de onderlinge rangorde niet verandert. In de Unilever-zaak⁸ veranderde de onderlinge rangorde wel, maar oordeelde de rechter dat er eigenlijk sprake was van twee beloningssystemen: het cao-systeem en het andere systeem. Daardoor is er toch geen sprake van een verandering van de onderlinge rangorde, want je moet binnen de systemen zelf kijken. Voorts is er nog discussie over wanneer het groepen mensen betreft, zoals in de zaak bij Connexxion. Met een dergelijke invulling rest de vraag: wat voor rol blijft er over voor de ondernemingsraad? Naar de mening van Sprengers is het zo dat, als je kijkt naar de uitspraken betreffende primaire arbeidsvoorwaarden en de wetsgeschiedenis daarover, er wel een rol voor de ondernemingsraad is op het terrein van de secundaire arbeidsvoorwaarden. Dit moet dan wel worden geïnterpreteerd aan de hand van het begrip “beloningssysteem” en dat sluit niet aan bij de bestaande uitleg van dat begrip. In 1998 is er nog een voorstel geweest tot wijziging van de WOR, inhoudende de toevoeging van een instemmingsrecht betreffende onkostenvergoedingsregelingen, maar dat is uit het wetsontwerp gestemd (door steun van de ouderenpartij aan het amendement van de VVD). Als er wel een meer expliciete rol ten aanzien van de secundaire arbeidsvoorwaarden zou worden opgenomen in de WOR, dan krijgt de rol van de ondernemingsraad meer inhoud. Dan rest de vraag hoe dat te doen met variabele beloning en beloningssystemen als zodanig. Volgens Sprengers zijn het de vakbonden aan wie het voortouw toekomt en in zijn opvatting zien de werkgevers en de ondernemingsraden het ook wel zo. Er zijn echter voorbeelden van bedrijven waarin die rol wel wordt ingevuld door ondernemingsraden, zij het op een vrijwillige basis, als door de vakbonden niets is geregeld of slechts bij wijze van een minimumregeling. Sprengers pleit dan ook voor een duidelijker afbakening over wanneer de ondernemingsraad al dan niet een rol toekomt, zoals het nu in de WOR staat en wordt uitgelegd in de rechtspraak is het onduidelijk.

De **voorzitter** vraagt of Sprengers zelf voorstander is van een bredere of juist een restrictievere uitleg. **Sprengers** antwoordt dat het niet zozeer gaat om een breder of restrictieve uitspraak, maar dat het gaat om het krijgen van duidelijkheid over welke rol er van de ondernemingsraad wordt verwacht. Hij weet juridisch gezien heel goed hoe het zit, maar kan niet uitleggen welke rol de ondernemingsraad nu wordt toegedicht. Door die onduidelijkheid valt er op voorhand geen enkele voorspelling te doen over wat er wanneer van de ondernemingsraad wordt verwacht. Ook bij de rechterlijke instanties is men er niet over uit, want op dit punt is er een patstelling tussen het Hof 's-Hertogenbosch en het Hof 's-Gravenhage. Het zou volgens Sprengers dan ook een goede zaak zijn als de Hoge Raad zich hier eens over uit kan laten.

Van het Kaar stelt dat de ondernemingsraden in de praktijk vaker een rol spelen dan op grond van de rechtspraak mag. Een heleboel bedrijven lijken zich niet veel aan te trekken van de restrictieve interpretatie die aan artikel 27 lid 1 onderdeel c WOR is gegeven. In die bedrijven praat de ondernemingsraad gewoon volwaardig mee over het volledige beloningspakket. In die gevallen blijkt er een consensus te zijn dat het onderwerp de ondernemingsraad toekomt. Zolang dit in de praktijk goed werkt, moet er dan wel iets geregeld worden? Hij denkt van wel, omdat er af en toe toch wel behoefte is aan een regeling betreffende beloningssystemen en –pakketten. Hoe zo’n regeling gevormd kan worden is voor hem echter nog een vraag. Een suggestie is om het via het adviesrecht te regelen. De “catch” in het adviesrecht (art. 25 WOR) is echter de waarborging van het recht in geval van geschillen. Kan de ondernemingsraad dan wel voldoende tegenwicht vormen? Van het Kaar is daar nog niet over uit en staat dan ook open voor creatieve ideeën en suggesties hiervoor. Het is hem duidelijk dat er behoefte is aan iets collectiefs, maar hoe dat juridisch het beste vormgegeven kan worden, is nog een open vraag.

⁸ Hof 's-Gravenhage van n23 maart 2010, LJN: BM0767, RAR 2009/142.

Van der Steen gaat in op de vraag of adviesrecht een gepaste optie is om de rol van de ondernemingsraad te regelen. Naar zijn idee brengt het adviesrecht de ondernemingsraad in elk geval aan tafel met de ondernemer. Hij betwijfelt echter of het meerwaarde oplevert ten opzichte van de positie die de ondernemingsraad nu al inneemt. Hij ziet die optie dan ook niet zo zitten. Hij vraagt zich onder meer af of het onderwerp zich wel leent voor een toets door een derde, zoals op grond van artikel 26 WOR een gepasseerd advies kan worden getoetst door de Ondernemingskamer. Het onderwerp is een onderwerp van onderhandelen en praten, wat enige vrijheid behoeft en die wordt ontnomen als het onderwerp aan een derde, een rechter, kan worden voorgelegd.

Zaal stelt de restrictieve uitleg van de rol van de ondernemingsraden in de jurisprudentie ter discussie. Zij plaatst de discussie daarbij in een bredere context, onder verwijzing naar de jurisprudentie over artikel 7:613 BW en het nieuwe spreekrecht uit Boek 2 BW. Daaruit valt namelijk af te leiden dat er weldegelijk een rol is weggelegd voor de ondernemingsraad als het gaat om primaire arbeidsvoorwaarden. Om die reden, volgt zij net als Sprengers, de uitleg in de jurisprudentie niet helemaal. In antwoord op de vraag van de **voorzitter** waar het haar betreft naar toe zou moeten, antwoordt **Zaal** dat ze wel een rol ziet voor de ondernemingsraden. Ook kijkend naar de tijdsgeest kan een restrictieve uitleg niet langer worden volgehouden, nu de rol van de vakbonden steeds minder wordt. Zij pleit dan ook voor een ruimere uitleg van artikel 27 WOR. Wat haar betreft kunnen adviesrecht (art. 25 WOR) en overlegrecht (art. 23 WOR) goede alternatieven zijn, ware het dat het niet goed zou passen in het huidige systeem van de WOR.

Meer vanuit de praktijk in tijden van crisis reflecterend neemt **Unger** waar, dat met name bij grote ondernemingen waar het economisch een stuk minder gaat, de neiging bestaat om zo weinig mogelijk te tornen aan bestaande regelingen, zoals variabele beloningen en vergoedingen. Waar voorheen de ondernemingsraad nog werd betrokken, bijvoorbeeld via bovenwettelijk overleg, doet de bestuurder dat nu liever niet om zo weerstand tegen versobering dan wel het strenger maken van beoordelingscriteria van dergelijke regelingen te vermijden. Als tegenreactie springen ondernemingsraden hier nu boven op, juist omdat ze ervaren dat het minder wordt. Om toch bij de bestuurder aan tafel te komen zoeken ondernemingsraden naar argumenten om hun rol bij dergelijke regelingen te kunnen uitoefenen. Het aandragen van argumenten is lastig, omdat in de lagere rechtspraak steeds meer de restrictieve interpretatie wordt gevolgd. Wat rest is met de bestuurder in discussie treden en maar zien waar het schip strandt. Zij pleit er dan ook voor dat er een ruimere uitleg wordt gegeven door kantonrechters en dat zij zich minder laten leiden door andere, restrictieve uitspraken met betrekking tot artikel 27 lid 1 WOR, zoals die over pretverlof⁹ en de zaak Holland Casino¹⁰. Vooral ook omdat de wetsgeschiedenis helemaal niet zo duidelijk is. Naar haar mening laat die een ruime interpretatie wel toe. Voorts zouden advocaten die voor ondernemingsraden optreden zelf wat meer kunnen proberen. Hoewel van de wetgever voorlopig niets hoeft te worden verwacht, sluit Unger haar pleidooi af met de opmerking dat het wel wenselijk zou zijn als in de wet een zodanige omschrijving van beloningssysteem komt, dat duidelijk is wanneer er een rol is weggelegd voor de ondernemingsraad en wanneer voor de vakbonden. Wat haar betreft zou dit een ruime omschrijving moeten zijn, zodat de rol van de ondernemingsraad wordt vergroot. Vooral ook, zoals Zaal al aanvoerde, omdat de rol van de vakbonden bezig is af te nemen. Ter onderbouwing van dit pleidooi verwijst Unger naar de bankensector en de versoberende tendens die daar gaande is met betrekking tot beloningselementen. Het lukt daar ondernemingsraden amper een rol te vervullen.

Van Slooten maakt kenbaar dat hij een geheel andere mening heeft dan Unger. Hij zou de stelling willen uitbreiden:

⁹ HR 11 februari 2000, *JAR* 2000/86.

¹⁰ HR 20 december 2002, *JAR* 2003/18.

Het instemmingsrecht ten aanzien van secundaire en tertiëre arbeidsvoorwaarden in artikel 27 WOR voldoet niet meer aan de eisen van deze tijd.

Wellicht in het geheel van de discussie zoals die tot nu toe is gevoerd geen revolutionaire uitbreiding. Duidelijk is dat de discussie zich vooral beperkt tot artikel 27 lid 1 onder c WOR, maar er zijn meer gebreken aan het artikel in zijn geheel. Bijvoorbeeld als het gaat om het vragen van vervangende instemming, wat voor sommige ondernemingsraden een te machtig wapen lijkt te zijn. Naar zijn idee is de weg die artikel 7:613 BW biedt voor ondernemingsraden een goed alternatief voor artikel 27 WOR, als het gaat om de secundaire en tertiëre arbeidsvoorwaarden. Hij adviseert dan ook dat als bedrijven iets willen wijzigen in die voorwaarden, zij de instemming van de ondernemingsraad moeten vragen. Zonder instemming van de ondernemingsraad is het doorvoeren van de wijziging afhankelijk van het oordeel van een rechter of het belang wel zwaarwegend genoeg is. Met instemming, wordt een dergelijk belang sneller en makkelijker aangenomen en daarmee ook de wijziging. Via deze weg heeft de ondernemingsraad dus nog steeds een rol te vervullen, zij het dat die minder zwaar en strikt is als bedoeld in artikel 27 WOR.

De **voorzitter** nodigt Van het Kaar uit om kort te reageren op hetgeen in de discussie naar voren is gebracht. Daarnaast vraagt hij hem om in te gaan op de mogelijkheid van de weg van de ondernemingsovereenkomst (artikel 32 WOR), waarin meer invulling zou kunnen worden gegeven aan zaken die het loon betreffen. Van de gelegenheid gebruik makend stelt **Van het Kaar** een tegenvraag aan Van Slooten: stelling 1 betreft artikel 27 lid 1 onderdeel c WOR, omdat dat het thema is van het congres. Van Van Slooten wil hij graag weten of hij met zijn voorstel eigenlijk denkt aan een tweede lid bij 7:613 BW dat destijds niet is ingevoerd? Kort en bondig antwoordt **Van Slooten**: ja.

Ten aanzien van de mogelijkheid van de ondernemingsovereenkomst is **Van het Kaar** van mening dat het goed werkt, zolang beide partijen ongeveer hetzelfde willen. Dit is met name voorstelbaar bij cao-loze ondernemingen waar het dan meteen het hele pakket van arbeidsvoorwaarden betreft. In situaties waarin dit niet het geval is en beide partijen iets anders voor ogen hebben of de werkgever er helemaal niet aan wil, ziet Van het Kaar deze weg niet zitten. **Verburg** vult aan dat de waarde en het gebruik van ondernemingsovereenkomsten door rechters ook nog al eens verschillend wordt gewaardeerd en geaccepteerd. Voorts lijkt hem een deel van het probleem rondom de rol van de ondernemingsraad en beloningen te zitten in de stroperigheid van het proces. Hij vraagt zich dan ook af of een deel van de oplossing niet kan worden bereikt door dit te versnellen, “à la” de procedure van artikel 7:685 BW. Het gaat hem vooral om het tempo waarmee het proces gaat, niet de beperking in beroep en cassatie, die zouden gewoon mogelijk moeten blijven. **Van Slooten** merkt op dat het proces tegenwoordig al sneller verloopt.

Hoewel de discussie nog lang niet lijkt te zijn afgerond, sluit de **voorzitter** omwille van de tijd dit punt af.

6.6 Stellingen prof. mr. L.G. Verburg

Stelling 1.

Variabele beloning voor zover target-gerelateerd of “eenmalig” verdient geen plek in de B-factor van de kantonrechtersformule.

Stelling 2.

Het onderscheid tussen STI en LTI voor de toepassing van de kantonrechters formule is gekunsteld.

Stelling 3.

De 685-procedure is ongeschikt voor een Alcatel-oordeel over de LTI-afwikkeling.

Verburg stelt omtrent zijn eerste stelling dat zijn zorg met name de hogere verdieners betreft.

De eerste reactie op de stelling komt van **Van Slooten**. Daarin spreekt hij in de eerste plaats zijn waardering uit voor de door Verburg gegeven inleidingen. Ze zetten zeker aan het denken. In zijn geval betreft dit een denken in combinatie met zijn vierde stelling, betreffende het informatierecht aangaande het loon. In dat licht stelt Van Slooten dat het betoog er op neer komt, dat het allemaal zo ingewikkeld is geworden en dat er zoveel onzekerheden zijn dat er om die reden maar moet worden besloten om variabele beloning uit de B-factor van de kantonrechtersformule te halen. Is een andere oplossing niet ook denkbaar? Bijvoorbeeld dat er een prijskaartje komt te hangen aan een bonusregeling. Hoe men komt tot een dergelijk prijskaartje, kan nog worden uitgedacht. Van Slooten heeft het idee dat dit er indirect al is, omdat een bonusregeling toch ook al in de 'boeken' van de werkgever op de een of andere manier gewaardeerd moet zijn. Dan zou het voor het meerekenen in de B-factor heel eenvoudig kunnen worden, want allerhande zaken kunnen dan buiten beschouwing blijven, omdat die al verdisconteerd zijn in het prijskaartje.

Verburg reageert met de gedachte dat de eenvoudigste oplossing is afscheid van het BBA te nemen en daarmee ook van de 685-rechter, want die trekt dit spoor van vernielingen. Hij voelt nog geen grote problemen in gewone bodemprocedures. Ook ziet hij geen onoverkomelijke problemen op het punt van de kennelijk onredelijke ontslagprocedure en de zekerheid die we elkaar nog in de komende jaren gaan geven ten aanzien van hoe je dat moet oplossen. De **voorzitter** interrumpeert met de opmerking dat het interessante hieraan is dat je met inachtneming van de jurisprudentie omtrent kennelijk onredelijk ontslag kan komen tot een verdere uitwerking van de B-factor in de kantonrechtersformule. Dat impliceert een reflexwerking in de kantonrechtersformule. Dan hoort de vraag hoe om te gaan met variabele beloning er toch in de 685 bij. **Verburg** beaamt dit en geeft aan dat er op zich ook geen probleem is om alle omstandigheden van het geval, inclusief de variabele beloning mee te wegen, daar waar dit nodig is. Problematisch is wel om los van de werkelijkheid de bonus zonder meer te laten meetellen in de B-factor. Met name ook, omdat een dergelijke bonus gekoppeld is aan het al dan niet verrichten van een bepaalde prestatie of het halen van een bepaalde doelstelling. Dat aspect verdwijnt op het moment dat het zonder meer in de B-factor wordt meegenomen.

Verburg geeft aan dat de benadering van de proratering van de afwikkeling van de al toegekende LTI uit het Unilever voorbeeld in de situatie dat de werknemer geen verwijt treft van het ontslag tijdens de looptijd van de toekenning in zijn visie een goede oplossing biedt. Hij merkt vervolgens op dat het van groot belang is steeds goed het verschil in de gaten te houden tussen de afwikkeling van een toegekende lange termijn bonus bij tussentijds einde van het dienstverband en de vraag of het onderwerp in de B-factor van de kantonrechtersformule een plaats heeft. Het punt van de afwikkeling van bestaande rechten wordt vaak verward met de vaststelling van de maatgevende beloningscomponenten in B-factor. Ten aanzien van de afwikkeling van al toegekende LTI-rechten bij een tussentijds einde van de relatie denkt Verburg dat het bedrijfsleven er aan moet om bij niet aan de werknemer verwijtbaar ontslag op correcte en nette manier afscheid te nemen van de bestaande rechten. Het behoort in het verlengde van het Alcatel/Cicurel-arrest niet zo te zijn dat een werkgever een clause kan invoeren die een bestaand recht tot nihil reduceert op het moment dat die werkgever zelf de veroorzaker is van de beëindiging van de arbeidsrelatie. De pro rata parte regeling zoals in de genoemde regeling van Unilever is opgenomen, is wat Verburg betreft dan ook *state of the art* ten aanzien van afwikkeling van de LTI. Een heel andere discussie is de vraag of en hoe de afwikkeling van deze rechten moet meewegen in de B-factor en of deze de afvloeiingsregeling verhoogt die de kantonrechter op grond van artikel 7:685 lid 8 BW toekent. Het is dit punt waar de

stelling op tegen is, zowel ten aanzien van de korte termijn bonus (waar de jurisprudentie nu vaak wel meetelt) als ten aanzien van de LTI (vaste jurisprudentie: de LTI doet niet mee in de B-factor).

Vanuit de zaal reageert **Keulaerds** dat hij het gedeeltelijk oneens is met de stelling. Dit betreft het onderdeel 'zover *target*-gerelateerd'. Hij denkt namelijk dat in de toekomst 681, 685 gaat beïnvloeden en dus nog meer schade gerelateerd gekeken gaat worden naar de 685-vergoeding. Dit zal des te meer het geval zijn als de kantonrechters bij elkaar gaan zitten om te bekijken of het mogelijk is een 7:681-formule te verzinnen (welk voornemen door de **voorzitter** wordt bevestigd). In dat geval zal een *target*-gerelateerde bonus die elk jaar is betaald, wat hem betreft als een gemiddelde over 3 tot 5 jaar moeten meetellen. Althans, dat is zo vanuit de optiek van de schade. Dit is anders als er sprake is van een eenmalige bonus. Dat is immers een incident geweest en maakt geen onderdeel uit van het vaste inkomen waarop ook de levensstandaard is gebaseerd en dergelijke. Wat hem in het geheel niet aanspreekt is de gedachte het niet mee te laten tellen, om het enkele feit dat het ingewikkeld is. Daar voegt hij aan toe dat STIs en LTIs ingewikkeld lijken, maar als je die een paar keer hebt gelezen, valt dat best mee. Het is ook nog maar een jaar geleden dat Van der Meer, die meeschreef aan de vorige kantonrechtersformule, in Den Haag een verhaal hield en op de vraag van Keulaerds waarom opties niet worden meegeteld het antwoord gaf dat de vrije verstrekking van staatsloten ook niet wordt meegeteld. Dit alles kennelijk onder het motto om het zo eenvoudig mogelijk te houden, wat Keulaerds nadrukkelijk geen steekhoudend argument vindt.

Verburg reageert op het aspect van het al of niet eenvoudig zijn c.q. houden. Hij maakt een onderscheid tussen de STIs en LTIs. Het meetellen van de STI in de B-factor is, als men wil meetellen, op zich niet zo moeilijk. De complexiteit waar hij eerder op doelde, is gelegen in de afwikkeling van een LTI in de 685-omgeving. Wat Verburg betreft is het de vraag of die afwikkeling, zoals de Hoge Raad wil, op het bord moet liggen van de 685-rechter of dat van de normale bodemrechter. De bodemrechter heeft blijkens het *Seminis*-arrest ook een intuïtief inzicht, maar in de bodemprocedure is tenminste normaal het bewijsrecht van toepassing en bestaat de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie. Hij benadrukt meer algemeen dat het steeds van groot belang is om de vier aspecten die gemoeid zijn met de combinatie van STI/LTI en ontslag – afwikkeling STI; afwikkeling LTI; B-factor en STI; B-factor en LTI – in de gaten te houden om verwarring te voorkomen.

6.7 Afsluiting dag 2

Onder dankzegging voor de bijdrages van Van het Kaar en Verburg, sluit de **voorzitter** de plenaire discussie. Voorts spreekt hij een algemene waardering uit voor alle vier de inleidingen en het niveau van de discussies die zijn gevoerd in de werkgroepen op vrijdag en tijdens de beide plenaire sessies.

In het voorjaar van 2011 zal het onderwerp voor het congres op 4 en 5 november 2011 worden bekend gemaakt.

Tot volgend jaar!

LIJST VAN DEELNEMERS